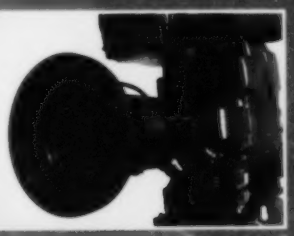
ANNUAL REPORT 2004-2005



Copyright Board of Canada

106-00670/

Copyright Board
Canada

Commission du droit d'auteur
Canada

The Honourable David L. Emerson, P.C., M.P.
Minister of Industry
Ottawa, Ontario
K1A 0A6

Dear Mr. Minister:

I have the honour of transmitting to you for tabling in Parliament, pursuant to section 66.9 of the *Copyright Act*, the seventeenth Annual Report of the Copyright Board of Canada for the financial year ending March 31, 2005.

Yours sincerely,

Stephen J. Callary
Vice-Chairman and
Chief Executive Officer

56 Sparks Street, Suite 800, Ottawa, Ontario K1A 0C9
Telephone: (613) 952-8621 Fax: (613) 952-8630
Web Site: **www.cb-cda.gc.ca**

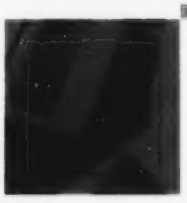
Table of Contents

	Page
Chairman's Message	5
Mandate of the Board	9
Operating Environment	11
Organization of the Board	13
Public Performance of Music	15
Retransmission of Distant Signals	23
Private Copying	23
Educational Rights	24
Media Monitoring	25
Arbitration Proceedings	29
Unlocatable Copyright Owners	30
Court Decisions	32
Agreements Filed with the Board	42

Board Members and Staff

as of March 31, 2005

Chairman:	The Honourable Justice William J. Vancise
Vice-Chairman and Chief Executive Officer:	Stephen J. Callary
Members:	Francine Bertrand-Venne
	Sylvie Charron
	Brigitte Doucet
Secretary General:	Claude Majeau
General Counsel:	Mario Bouchard
Director of Research and Analysis:	Gilles McDougall
Clerk of the Board:	Lise St-Cyr
Manager, Corporate Services:	Ivy Lai
Registry Officers:	Nadia Campanella
	Tina Lusignan
Financial and Adminitrative Assistant:	Joanne Touchette
Administrative Assistant:	Manon Huneault
Informatics Officer:	Michel Gauthier



Chairman's Message

I am pleased to present the 2004-2005 Annual Report of the Copyright Board of Canada. This report, the first since my nomination as Chairman, describes the Board's activities during the year in discharging its mandate and responsibilities under the *Copyright Act*. A number of interesting challenges and issues presented themselves during the first year of my term and I look forward to considering them and others in the years to come.

The Board held two hearings and one pre-hearing conference during 2004-2005. In the first hearing, the Board considered the amount of royalties payable to the Canadian Broadcasters Rights Agency (CBRA) for the fixation and reproduction of works and communication signals by commercial media monitors for the years 2000-2005 and by non-commercial media monitors for the years 2001-2005.

The second hearing required the Board to consider the royalties payable by commercial radio stations for the years 2003-2007 for the communication to the public by telecommunication of musical works in the repertoire of the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) and of published sound recordings forming part of the Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC) repertoire.

The pre-hearing conference, held on February 15, 2005, dealt with procedural matters to expedite the hearing pertaining to the SOCAN's tariff for ringtones.

During the year, the Board issued six decisions. The first dealt with various SOCAN tariffs the Board had certified in the previous fiscal year and for which the reasons were issued on June 18, 2004. The second, issued on December 14, 2004, extended indefinitely, on an interim basis, the application of the certified 2003-2004 Private Copying Tariff until a final decision is rendered. The third, issued on January 14, 2005, certified the royalties to be collected by the Educational Rights Collective of Canada (ERCC) from educational institutions for the reproduction and performance of works or other subject-matters communicated to the public by telecommunications for the period 2003-2006. The fourth, also issued on January 14, 2005, certified NRCC's tariff pertaining to the Canadian Broadcasting Corporation (radio). The fifth was issued on February 25, 2005, certifying SOCAN-NRCC tariffs applicable to pay audio services for the years 2003-2006. And finally, on March 29, 2005, the Board issued its decision on the royalties to be collected by CBRA for the fixation and reproduction of works and communication signals by commercial media monitors for the years 2000-2005 and by non-commercial media monitors for the years 2001-2005.

All of the foregoing decisions are described in greater detail in the present Report.

In 2004-2005, the Board issued 16 non-exclusive licences for the use of published works for which copyright owners could not be located. The Board also issued three decisions dismissing applications for licences.

...

In the first two applications there was a complete lack of evidence that the works had been published and in the other, the applicant sought to reproduce anonymous works published more than fifty years ago which were in the public domain.

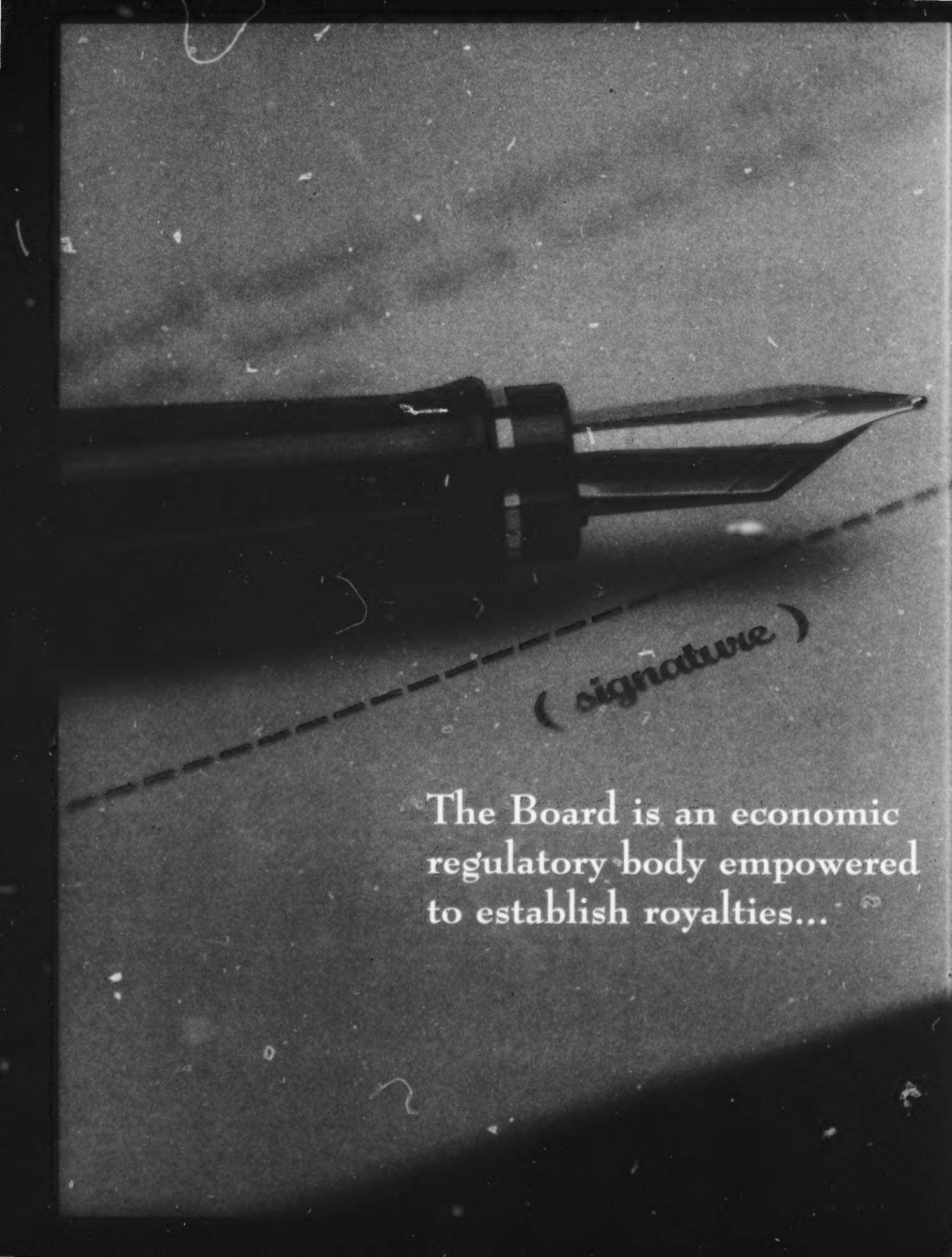
The Board initiated procedures in this fiscal year, which will result in hearings in the fall of 2005, 2006 and early 2007. Some of these hearings will be very challenging. The Board will consider for the first time the tariff payable for the reproduction of musical works by online music services. It will also consider the royalties payable by educational institutions for the reprographic reproduction of works in Access Copyright's repertoire.

From the foregoing, it can be seen that the year 2004-2005 was a busy and productive period for the Board.

On a personal note, I would like to thank my colleagues on the Board as well as the staff and personnel for their support and assistance throughout the year. Their expertise and dedication make the work of the Board possible.

The Honourable William J. Vancise

...the year 2004-2005
was a busy and productive
period for the Board.



The Board is an economic regulatory body empowered to establish royalties...

Mandate of the Board

The Copyright Board of Canada was established on February 1, 1989, as the successor of the Copyright Appeal Board. The Board is an economic regulatory body empowered to establish, either mandatorily or at the request of an interested party, the royalties to be paid for the use of copyrighted works, when the administration of such copyright is entrusted to a collective-administration society. Moreover, the Board has the right to supervise agreements between users and licensing bodies, issue licences when the copyright owner cannot be located and may determine the compensation to be paid by a copyright owner to a user when there is a risk that the coming into force of a new copyright might adversely affect the latter.

The *Copyright Act* (the "*Act*") requires that the Board certify tariffs in the following fields: the public performance or communication of musical works and of sound recordings of musical works, the retransmission of distant television and radio signals, the reproduction of television and radio programs by educational institutions and private copying. In other fields where rights are administered collectively, the Board can be asked by a collective society to set a tariff; if not, the Board can act as an arbitrator if the collective society and a user cannot agree on the terms and conditions of a licence.

The Board's specific responsibilities under the *Act* are to:

- certify tariffs for the public performance or the communication to the public by telecommunication of musical works and sound recordings [sections 67 to 69];
- certify tariffs, at the option of a collective society referred to in section 70.1, for the doing of any protected act mentioned in sections 3, 15, 18 and 21 of the *Act*. [Sections 70.1 to 70.191];
- set royalties payable by a user to a collective society, when there is disagreement on the royalties or on the related terms and conditions [sections 70.2 to 70.4];
- certify tariffs for the retransmission of distant television and radio signals or the reproduction and public performance by educational institutions, of radio or television news or news commentary programs and all other programs, for educational or training purposes [sections 71 to 76];
- set levies for the private copying of recorded musical works [sections 79 to 88];
- rule on applications for non-exclusive licences to use published works, fixed performances, published sound recordings and fixed communication signals, when the copyright owner cannot be located [section 77];

. . .

- examine, at the request of the Commissioner of Competition appointed under the *Competition Act*, agreements made between a collective society and a user which have been filed with the Board, where the Commissioner considers that the agreement is contrary to the public interest [sections 70.5 and 70.6];
- set compensation, under certain circumstances, for formerly unprotected acts in countries that later join the Berne Convention, the Universal Convention or the Agreement establishing the World Trade Organization [section 78].

In addition, the Minister of Industry can direct the Board to conduct studies with respect to the exercise of its powers [section 66.8].

Finally, any party to an agreement on a licence with a collective society can file the agreement with the Board within 15 days of its conclusion, thereby avoiding certain provisions of the *Competition Act* [section 70.5].

Operating Environment

Historical Overview

In 1925, PRS England set up a subsidiary called the Canadian Performing Rights Society (CPRS). In 1931, the *Copyright Act* was amended in several respects. The need to register copyright assignments was abolished. Instead, CPRS had to deposit a list of all works comprising its repertoire and file tariffs with the Minister. If the Minister thought the society was acting against the public interest, he could trigger an inquiry into the activities of CPRS. Following such an inquiry, Cabinet was authorized to set the fees the society would charge.

Inquiries were held in 1932 and 1935. The second inquiry recommended the establishment of a tribunal to review, on a continuing basis and before they were effective, public performance tariffs. In 1936, the *Act* was amended to set up the Copyright Appeal Board.

On February 1, 1989, the Copyright Board of Canada took over from the Copyright Appeal Board. The regime for public performance of music was continued, with a few minor modifications. The new Board also assumed jurisdiction in two new areas: the collective administration of rights other than the performing rights of musical works and the licensing of uses of published works whose owners cannot be located. Later the same year, the *Canada-US Free Trade Implementation Act* vested the Board with the power to set and apportion royalties for the newly created compulsory licensing scheme for works retransmitted on distant radio and television signals.

Bill C-32 (An Act to amend the *Copyright Act*) which received Royal Assent on April 25, 1997, modified the mandate of the Board by adding the responsibilities for the adoption of tariffs for the public performance and communication to the public by telecommunication of sound recordings of musical works, for the benefit of the performers of these works and of the makers of the sound recordings ("the neighbouring rights"), for the adoption of tariffs for private copying of recorded musical works, for the benefit of the rights owners in the works, the recorded performances and the sound recordings ("the home-taping regime") and for the adoption of tariffs for off-air taping and use of radio and television programs for educational or training purposes ("the educational rights").

General Powers of the Board

The Board has powers of a substantive and procedural nature. Some powers are granted to the Board expressly in the *Act* and some are implicitly recognized by the courts.

As a rule, the Board holds hearings. No hearing will be held if proceeding in writing accommodates a small user that would otherwise incur large costs. The hearing may be dispensed with on certain preliminary or interim issues. No hearings have been held yet for a request to use a work whose owner cannot be located. This process has been kept simple. Information is obtained either in writing or through telephone calls.

The examination process is always the same. The collective society must file a statement of proposed royalties which the Board publishes in the *Canada Gazette*. Tariffs always come into effect on January 1. On or before the preceding 31st of March, the collective society must file a proposed statement of royalties. The users targeted by the proposal (or in the case of private copying, any interested person)

...

or their representatives may object to the statement within sixty days of its publication. The collective society in question and the opponents will have the opportunity to argue their case in a hearing before the Board. After deliberations, the Board certifies the tariff, publishes it in the *Canada Gazette* and explains the reasons for its decision in writing.

Guidelines and Principles Influencing the Board's Decisions

The decisions the Board makes are constrained in several respects. These constraints come from sources external to the Board: the law, regulations and judicial pronouncements. Others are self-imposed, in the form of guiding principles that can be found in the Board's decisions.

Court decisions also provide a large part of the framework within which the Board operates. Most decisions focus on issues of procedure, or apply the general principles of administrative decision-making to the peculiar circumstances of the Board. However, the courts have also set out several substantive principles for the Board to follow or that determine the ambit of the Board's mandate or discretion.

The Board also enjoys a fair amount of discretion, especially in areas of fact or policy. In making decisions, the Board itself has used various principles or concepts. Strictly speaking, these principles are not binding on the Board. They can be challenged by anyone at anytime. Indeed, the Board would illegally fetter its discretion if it considered itself bound by its previous decisions. However, these principles do offer guidance to both the Board and those who appear before it. In fact, they are essential to ensuring a desirable amount of consistency in decision-making.

Among those factors, the following seem to be the most prevalent: the coherence between the various elements of the public performance of music tariffs, the practicality aspects, the ease of administration to avoid, as much as possible, tariff structures that make it difficult to administer the tariff in a given market, the search for non-discriminatory practices, the relative use of protected works, the taking into account of Canadian circumstances, the stability in the setting of tariffs that minimizes disruption to users, as well as the comparisons with "proxy" markets and comparisons with similar prices in foreign markets.

Organization of the Board

Board members are appointed by the Governor in Council to hold office during good behaviour for a term not exceeding five years. They may be reappointed once.

The *Act* states that the Chairman must be a judge, either sitting or retired, of a superior, county or district court. The Chairman directs the work of the Board and apportions its caseload among the members.

The *Act* also designates the Vice-Chairman as Chief Executive Officer of the Board, exercising direction over the Board and supervision of its staff.

From left to right

Stephen J. Callary, Brigitte Doucet, the Honourable Justice William J. Vancise, Francine Bertrand-Venne and Sylvie Charron

Chairman

The Honourable William J. Vancise, a justice of the Court of Appeal for Saskatchewan, was appointed part-time Chairman of the Board for a five-year term commencing in May 2004. In 1996 Mr. Justice Vancise was appointed Deputy Judge of the Supreme Court of the Northwest Territories. He was appointed to the Court of Queen's Bench in 1982 and to the Court of Appeal for Saskatchewan in November 1983 where he continues to serve. Mr. Justice Vancise received his Queen's Counsel designation in 1979. He joined Balfour and Balfour as an associate in 1961 and in 1963 he was named a partner at Balfour, McLeod, McDonald, Laschuk and Kyle, where he became a managing partner in 1972. Mr. Justice William Vancise earned an LL.B. from the University of Saskatchewan in 1960 and was called to the Saskatchewan Bar in 1961.

...

Vice-Chairman & Chief Executive Officer

Stephen J. Callary is a full-time member appointed in May 1999 and reappointed in 2004 for a five-year term. Mr. Callary has served as Managing Director of consulting firms, RES International and IPR International; as Executive Director of TIMEC – the Technology Institute for Medical Devices for Canada; and as President of Hemo-Stat Limited and Sotech Projects Limited. He has extensive international experience dealing with technology transfer, software copyrights and patents and the licensing of intellectual property rights. From 1976 to 1980, Mr. Callary worked with the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC), the Privy Council Office (PCO) and the Federal-Provincial Relations Office (FPRO). He has a B.A. degree from the University of Montreal (Loyola College) and a B.C.L. degree from McGill University. He was admitted to the Quebec Bar in 1973 and pursued studies towards a Dr.jur. degree in Private International Law at the University of Cologne in Germany.

Members

Francine Bertrand-Venne is a full-time member appointed in June 2004 for a five-year term. Prior to her appointment, Ms. Francine Bertrand-Venne was General Manager of the *Société professionnelle des auteurs et des compositeurs du Québec* (SPACQ). She was also legal counsel for labour relations, the *Copyright Act* and the *Broadcasting Act*. Ms. Bertrand-Venne is a graduate of the University of Sherbrooke (L.L.B. in 1972).

Sylvie Charron is a full-time member appointed in May 1999 and reappointed in 2004 for a five-year term. Before joining the Copyright Board, she was an Assistant Professor with the University of Ottawa's Faculty of Law (French Common Law Section) and worked as a private consultant in broadcasting, telecommunications and copyright law. Prior to her law studies, she worked with the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) for 15 years. Ms. Charron is a graduate of the University of Ottawa (B.Sc. Biology in 1974, M.B.A. in 1981 and LL.B. – Magna cum laude in 1992). Ms. Charron is a member of the Canadian Association of Law Teachers, of the *Association des juristes d'expression française de l'Ontario* (AJEFO), of the Council of Canadian Administrative Tribunals and is former Vice-Chair of the Ottawa Chapter of Canadian Women in Communications and past Executive Director of the Council of Canadian Law Deans.

Brigitte Doucet is a full-time member appointed in November 2001 for a five-year term. Prior to her appointment, Ms. Doucet was Legal Counsel, Labour Relations with l'*Association des producteurs de films et de télévision du Québec* since October 1999. She has also been active in the copyright and music fields as well as in business law. Furthermore, she lectured at the *Institut Trebas* on *Les affaires de la musique*. Prior to her law studies, Ms. Doucet was an information technology consultant for more than eight years. Ms. Doucet is a graduate of the University of Montreal (LL.B. in 1993).

Note: *Detailed information on the Board's resources, including financial statements, can be found in its Report on Plans and Priorities for 2005-2006 (Part III of the Estimates) and the Performance Report for 2004-2005. These documents are or will soon be available on the Board's Web site (**www.cb-cda.gc.ca**).*

Public Performance of Music

Background

The provisions under sections 67 onwards of the *Act* apply to the public performance of music or the communication of music to the public by telecommunication. Public performance of music means any musical work that is sung or performed in public, whether it be in a concert hall, a restaurant, a hockey stadium, a public plaza or other venue. Communication of music to the public by telecommunication means any transmission by radio, television or the Internet. Collective societies collect royalties from users based on the tariffs approved by the Board.

Hearings

During 2004-2005, the Board held one hearing and one pre-hearing conference. The hearing, held in May and June 2004, pertained to the royalties to be paid by commercial radio stations in 2003-2007 for the communication to the public by telecommunications of musical works in the repertoire of the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) and of published sound recordings of musical works, forming part of the Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC) repertoire. The pre-hearing conference, held on February 15, 2005, dealt with procedural matters relating to SOCAN's tariff for ringtones.

Decisions of the Board

The Board issued three decisions in 2004-2005. The first one pertained to various SOCAN tariffs the Board certified in the previous fiscal year and for which the reasons were issued on June 18, 2004. The second one, rendered on January 14, 2005, certified NRCC's tariff pertaining to the Canadian Broadcasting Corporation radio. And finally, the third one, rendered on February 25, 2005, certified SOCAN-NRCC tariffs applicable to pay audio services for the years 2003-2006.

SOCAN Multiple Licensing of Premises and Related Issues, 1998-2007

The proposed tariffs that were the object of this decision were filed by SOCAN between 1997 and 2003. In the fall of 1998, the Board initiated an examination of various tariffs which had raised many complaints or objections, particularly by the Canadian Restaurant and Foodservices Association (CRFA), the Hotel Association of Canada (HAC) and several small rural communities in Alberta. In general, these users complained of the unfairness of having to pay royalties under separate tariffs for music use in the same premises and the excessive financial burden of having to pay cumulative minimum fees, either for several events or tariffs.

Hearings dealing with these issues were held on February 4 to 6, 2002, and on June 17 and 18, 2003. The Board subsequently certified the following tariffs (some of which were non-contested or for which agreements were reached):

- Tariff 1.A (Commercial Radio) 2000-2002
- Tariff 1.B (Non-Commercial Radio Other Than the CBC) 2000-2004
- Tariff 2.B (Ontario Educational Communications Authority) 2000-2004

• • •

- Tariff 2.C (Société de télédiffusion du Québec) 1998-2007
- Tariff 3.A (Cabarets, Cafes, Clubs, etc. – Live Music) 1999-2004
- Tariff 3.B (Cabarets, Cafes, Clubs, etc. – Recorded Music Accompanying Live Entertainment) 1999-2004
- Tariff 3.C (Adult Entertainment Clubs) 2000-2004
- Tariff 4.B.2 (Classical Music Concerts, Annual Licence for Orchestras) 2003-2007
- Tariff 5.A (Exhibitions and Fairs) 1999-2004
- Tariff 6 (Motion Picture Theatres) 2004
- Tariff 7 (Skating Rinks) 1999-2004
- Tariff 10.A (Strolling Musicians and Buskers; Recorded Music) 1999-2004
- Tariff 10.B (Marching Bands; Floats with Music) 1999-2004
- Tariff 11.A (Circuses, Ice Shows, etc.) 2000-2004
- Tariff 11.B (Comedy Shows and Magic Shows) 2000-2004
- Tariff 12.A (Theme Parks, Ontario Place Corporation and Similar Operations) 2000-2004
- Tariff 12.B (Paramount Canada's Wonderland and Similar Operations) 1998-2003
- Tariff 13.A (Public Conveyances – Aircraft) 1999-2004
- Tariff 13.B (Passenger Ships) 2000-2004
- Tariff 13.C (Railroad Trains, Buses and Other Public Conveyances) 2000-2004
- Tariff 14 (Performance of an Individual Work) 2000-2004
- Tariff 15.A (Background Music) 1999-2004
- Tariff 15.B (Telephone Music on Hold) 2000-2004
- Tariff 20 (Karaoke Bars and Similar Establishments) 1998-2004
- Tariff 21 (Recreational Facilities Operated by a Municipality, School, College, University, Agricultural Society or Similar Community Organizations) 2000-2004

The Board also certified Tariff 8 (Receptions, Conventions, etc.) for the years 1999-2004 and Tariff 18 (Recorded Music for Dancing) for the years 1998-2004, which received special consideration in this decision. Finally, the Board dealt with the following issues: the fairness of minimum fees, the burden of multiple licences and the adjustment of tariffs to account for inflation.

Tariff 8 (Receptions, Conventions, etc.)

Under the last certified tariff for 1998, the operator of the premises paid for each reception, convention or assembly, or for each day a fashion show is held, $28.75 for an event that does not include dancing and $57.55 for one that does. These rates, and the tariff structure, had been the same since 1991.

This tariff always generated numerous complaints or objections in relation to its cost, invariableness to event size or excessive administration costs. During the period under examination, SOCAN made several proposals intended to respond to these preoccupations by reducing the administrative burden or by modifying the rate structure so that it vary with the size of the event.

The Board concluded that SOCAN's proposed changes to Tariff 8 took into account, to a large extent, the main arguments advanced by the various objectors to this tariff over the years. For example, the quarterly terms of payment proposed by SOCAN should help reduce the administrative burden of the tariff.

The Board also accepted the objectors' view that the tariff should vary according to the size of the event. The tariff certified for the years 2002 and 2003, which cuts the rates for smallest rooms, is the following:

Room Capacity (Seating and Standing)	Fee Per Event	
	Without Dancing	With Dancing
1 to 100	$20.00	$40.00
101 to 300	$28.75	$57.55
301 to 500	$60.00	$120.00
Over 500	$85.00	$170.00

For 2004, the Board granted to SOCAN an adjustment of the rates to reflect inflation, in accordance with the methodology described later.

Tariff 18 (Recorded Music for Dancing)

The last certification of this tariff dated back to 1997 and consisted of the following rates for an annual licence:

Premises Accommodating No More Than 100 Patrons

Months of Operation	1 to 3 Days of Operation	4 to 7 Days of Operation
6 months or less	$184.44	$258.25
More than 6 months	$258.25	$372.13

Premises Accommodating More Than 100 Patrons

20 per cent more than the fees established above, for every 20 additional clients

...

SOCAN generally argued that the current tariff was much too low and that this became obvious when compared to Tariff 3.C for adult entertainment clubs. An establishment that can accommodate 200 persons pays between $2,184 and $3,066 under Tariff 3.C. An establishment with the same capacity pays only $744 under Tariff 18. SOCAN alleged that the proposed increase would reduce the distortion and would only have a modest impact on the users' financial situation.

Objectors to the tariff, CRFA and HAC, argued that the proposed increases were excessive, that the impact on the financial situation of users was underestimated and that royalties increased too quickly in relation to the size of the premises.

The Board accepted SOCAN's argument that Tariff 18 was too low and modified the tariff to better reflect the value of this type of music use. The Board accepted the views of the objectors that the rate base increased too quickly for premises that can accommodate more than 100 patrons. The progression in the 1997 certified tariff increased the rate by 20 per cent for each additional 20 clients after the first 100 clients. The Board certified a slower progression, which increases the rate by 10 per cent for each additional 20 clients after the first 100 clients.

The Board was aware that the tariff it certified involved a significant increase, but nonetheless considered that the resulting rates were fair and equitable and remained at reasonable levels. As proposed by SOCAN, the Board agreed to spread the rate increase over the five years between 1998 and 2002. It did so by distributing the tariff increase equally over these years. The rates certified for 2002 and 2003 were the following (the rates for 2004 were adjusted for inflation):

Premises Accommodating No More Than 100 Patrons

Months of Operation	1 to 3 Days of Operation	4 to 7 Days of Operation
6 months or less	$260	$520
More than 6 months	$520	$1 040

Premises Accommodating More Than 100 Patrons

10 per cent more than the fees established above, for every 20 additional clients

Minimum Fees

It was primarily the small rural communities that raised the issue of fairness of minimum fees, which led SOCAN to prepare a report and propose options.

Having considered the evidence, the Board was convinced of the importance of maintaining minimum fees. An excessive reduction or elimination of the minimums, while clearly favouring small users, would be generally unfair even if, in some particular cases, there might not be other solutions. The Board accepted SOCAN's arguments that such a decrease or elimination would make the collection of fees from small users unprofitable and would be equivalent to issuing a free licence. In the Board's opinion, it was reasonable that the minimum fees allow SOCAN to recover a portion of the costs incurred through the issuance of a licence. The minimum fees however should also reflect the intrinsic value of SOCAN's music and repertoire.

The Board reiterated the importance that SOCAN's tariffs reflect three overarching principles.

Minimum fees should be characterized by *internal coherence,* such that they should take into account the entire structure of the tariffs and the characteristics of the users to which these tariffs apply. Minimum fees should be adjusted so that the number of users who pay them is neither proportionally too high nor too low.

Minimum fees should reflect the intrinsic value of music for users, as well as SOCAN's administrative costs in issuing a licence. It may be expected, therefore, that there will be some *horizontal harmonization* of the minimum fees among the different tariffs, especially when similar uses of music are involved.

Finally, in the case of those tariffs where per event licences are issued, an *annual licence* also comprising a minimum fee should be available. This annual licence would limit the impact of maintaining minimum fees on small users by enabling them to accrue events on an annual basis and thereby paying a lower fee than what they would pay if the tariff were applied to each event. This licence should be so formulated as to be available only to small users.

Multiple Licences

Participants raised the argument that the need to pay fees for several types of licences imposed an excessive burden on users. Yet, the Board concluded that the evidence on file showed that only a minority of users need more than one SOCAN licence and that they do not face major problems. Nevertheless, the Board commented or intervened in the following areas.

First, the Board recognized that identifying the licences a user requires can be complex; it encouraged SOCAN to continue its efforts in this area.

• • •

Second, in recognition of the overlapping that could result from the acquisition of more than one licence by the same user, the Board said that it would be favourable to having the parties attempt to reach a proposal for a new multifunctional tariff for several different uses of music in the same hall.

Third, the Board certified Tariffs 8 (Receptions, Conventions, etc.) and 21 (Recreational Facilities) taking into account many of the concerns raised by small users in relation to multiple licences.

Adjustment of Tariffs to Account for Inflation

The Board last considered the issue of adjustment of fixed tariffs to account for inflation in 1993. It concluded that while inflation is but one factor among others in adjusting tariffs, it is desirable to allow some adjustment for inflation in the fixed amounts of the tariffs.

Since music is an input, the Board indicated in 1993 that the tariffs should follow the prices of the other inputs in the economy. Consequently, the Industrial Product Price Index (IPPI) appeared to be the best index to use in adjusting tariffs. For practical reasons however, the Board decided to use the annual increase in the Consumer Price Index (CPI) less 2 per cent, an easy-to-use formula whose fluctuations followed those of the IPPI.

This time, the Board accepted SOCAN's argument that economic efficiency does not mean that the prices of all inputs must vary in lockstep. Economic efficiency means, rather, that the price of a good varies with its cost of production. Since the CPI reflects a wider basket that includes services, it constitutes a better approximation of the "cost of production" of SOCAN licences than the IPPI. However, to ensure some balance between music users and copyright owners, the Board decided to adjust the fixed tariffs by a percentage equal to the average annual variation of the CPI less 1 per cent.

NRCC Tariff 1.C (CBC – Radio), 2003-2005

On April 2, 2002, NRCC filed its statement of proposed royalties for the years 2003 to 2007. One of the tariff items targeted the radio of the Canadian Broadcasting Corporation (CBC), who objected to the tariff proposal. Subsequently, NRCC and CBC agreed on a monthly royalty rate of $80,000 for 2003, 2004 and 2005, which is identical to the one certified for 1998-2002.

Taking note of the agreement, the Board certified for 2003-2005 a tariff identical (except for some minor modifications) to the one certified for 1998-2002. NRCC's tariff proposal as well as CBC's objections are maintained for the years 2005 and 2006.

SOCAN-NRCC Pay Audio Services Tariff, 2003-2006

For the years 2003 and 2004, SOCAN and NRCC filed separate tariff proposals for pay audio services. These services are digital music services offered to direct-to-home satellite or digital cable broadcasting subscribers. Bell ExpressVu, CBC/SRC (Galaxie), the Canadian Cable Television Association, Corus Entertainment Inc. (Max Trax) and Star Choice Communications Inc. objected to the proposals. DMX Music Inc. objected to NRCC's tariff for 2004.

For the years 2005 and 2006, SOCAN and NRCC filed a joint statement of proposed royalties. They proposed rates of 12.35 and 5.85 per cent of affiliation payments, respectively. This corresponded to the rates the Board would have certified for 1997 to 2002, had it not applied a 10 per cent discount because the tariff was new. The rates proposed for small systems were half of the main rates. No one objected to the proposed tariffs.

On January 26, 2004, after the Federal Court of Appeal dismissed NRCC's application for judicial review of the 1997-2002 pay audio tariff, NRCC informed the Board that an agreement had been reached involving SOCAN and all objectors. The latter subsequently withdrew their objections provided that the tariff certified for 2003-2006 be the same as the one proposed for 2005 and 2006. The tariff certified by the Board for the period 2003-2006 reflects the agreement.

Copyright Board of Canada

The nature of the
relevant market
demanded a certain
stability.

Retransmission of Distant Signals

Background

The *Act* provides for royalties to be paid by cable companies and other retransmitters for the carrying of distant television and radio signals. The Board sets the royalties and allocates them among the collective societies representing copyright owners whose works are retransmitted.

In 2004-2005, no hearings were held nor any decisions rendered.

Private Copying

Background

The private copying regime entitles an individual to make copies of sound recordings of musical works for that person's personal use (a "private copy"). In return, those who make or import recording media ordinarily used to make private copies are required to pay a levy on each such medium. The Board sets the levy and designates a single collecting body to which all royalties are paid. Royalties are paid to the Canadian Private Copying Collective (CPCC) for the benefit of eligible authors, performers and producers.

The regime is universal. All importers and manufacturers pay the levy. However, since these media are not exclusively used to copy music, the levy is reduced to reflect non-music recording uses of media.

Decision of the Board

On March 5, 2004, CPCC filed its proposed tariff for 2005. Four associations and corporations, including a group of retailers of blank audio recording media, objected to the proposal.

CPCC subsequently asked that the matter be expedited. The retailers objected to this and asked that the Board adopt for 2005 an interim tariff that would be at least 25 per cent lower than the 2003-2004 certified tariff. In its decision of December 14, 2004, the Board, with the agreement of CPCC and the other objectors, extended indefinitely, on an interim basis, the application of the *Private Copying Tariff, 2003-2004*. The Board found that the arguments of the retailers in support of a lower interim tariff were without merits. The nature of the relevant market demanded a certain stability.

Educational Rights

Background

Sections 29.6, 29.7 and 29.9 of the *Act* came into force on January 1, 1999. Since then, educational institutions and persons acting under their authority can, without the copyright owner's authorization, copy programs when they are communicated to the public and perform the copy before an audience consisting primarily of students. In a nutshell, institutions can copy and perform news and news commentaries and keep and perform the copy for one year without having to pay royalties; after that, they must pay the royalties and comply with the conditions set by the Copyright Board in a tariff. Institutions can also copy other programs and subject-matters and keep the copy for assessment purposes for thirty days; if they keep the copy any longer, or if they perform the copy at any time, the institution must then pay the royalties and comply with the conditions set by the Board in a tariff.

Decision of the Board

On March 27, 2002, the Educational Rights Collective of Canada (ERCC) filed its statement of proposed royalties to be collected from educational institutions for the years 2003 to 2006.

The tariff proposal contained rates higher than the ones certified for 1999-2002. The Association of Community Colleges of Canada, the Association of Universities and Colleges of Canada, the Canadian Schools Board Association and the Council of Ministers of Education, Canada objected to it.

On December 18, 2002, the Board had extended on an interim basis the application of the tariff it had certified for 1999-2002, with minor changes to the reporting requirements. On September 20, 2004, ERCC informed the Board that it had reached an agreement with the objectors, who subsequently withdrew their objections. On January 14, 2005, the Board certified for the period 2003-2006, a tariff identical to the interim tariff.

Media Monitoring

Background

Sections 70.12 to 70.191 of the *Act* give collective societies that are not subject to a specific regime the option of filing a proposed tariff with the Board. The review and certification process for such tariffs is the same as under the specific regimes. The certified tariff is enforceable against all users; however, in contrast to the specific regimes, agreements signed pursuant to the general regime take precedence over the tariff.

Hearings

In 2004-2005, the Board held one hearing pertaining to media monitoring.

Decision of the Board

On March 26, 2005, the Board rendered the following decision.

Broadcasters hold the right to reproduce their programs and to fix their communication signals. A commercial media monitor systematically monitors the media sources of information with a view to providing its clients with information that interests them. In the process, they reproduce programs and fix the communication signals that carry them. To do either, they require a licence.

The Canadian Broadcasters Rights Agency (CBRA) is the exclusive agent for the vast majority of Canadian private radio and television broadcasters in the media monitoring market. In that role, it is governed by sections 70.1 to 70.6 of the *Act*. It has the option of negotiating individual agreements or seeking certification of a tariff that applies to all users with whom it has not agreed on a licence. It chose to do both.

CBRA first filed two series of proposed tariffs. The first targeted commercial media monitors, the second provincial and federal institutions that perform their own media monitoring. It then reached agreements with ten commercial monitors representing at least 95 per cent of the market in Canada, as well as with some provincial governments. Those who had filed objections ceased to pursue them. Only CBRA participated in the one-day hearing into this matter. The decision deals separately with commercial and non-commercial media monitors.

The original tariff proposals were based on certain assumptions about how monitors operate, many of which had to be set aside. The terms of the licences CBRA had issued differed significantly from the original tariff proposal. The CBRA asked that the certified tariff reflect these significant changes.

The Board noted the unusual nature of the situation it was asked to address. CBRA had reached agreements with virtually all the relevant market. No one was taking issue with the new tariff proposal. It was up to the Board to identify many of the issues that are addressed in the rest of these reasons, some of which for future reference. Despite this, the Board still felt in the end that it was certifying a tariff based on an understanding of the media monitors' business practices and needs that it considered less than fully satisfactory.

Commercial Media Monitors

Two legal issues first retained the Board's attention.

The first arose because the new tariff proposal probably was more demanding for some than the original tariff proposal. The Board

• • • ▸

considered whether the *ultra petita* principle ought to apply in the circumstances. According to that principle, a decision-maker cannot grant more than what was asked. The Board has always considered it possible to set higher rates if this could be done fairly. There are cogent reasons why *ultra petita* ought not to apply in proceedings before the Board. The Board has the power to certify tariffs. To apply the principle would defeat that power. The principle also causes serious problems in setting the terms and conditions of a tariff. The choice of a tariff formula largely dictates what are the appropriate terms and conditions. Applying the principle would have resulted in a certified tariff that did not reflect the media monitors' business practices. The Board noted that in a decision issued on December 14, 2004 which is abstracted elsewhere in this report, the Federal Court of Appeal appeared to endorse the analysis outlined above.

Also, shortly before the hearing on this matter, the Supreme Court of Canada issued its decision in the matter of *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* [2004 SCC 13]. The decision contains two rulings concerning the concept of fair dealing that may be relevant to certain tariffs. The first is that profit-driven research may constitute fair dealing. The second is that the person who facilitates another person's fair dealing may be entitled to the same protection as the first person. This left open the possibility that certain activities of media monitors may not constitute protected uses for which they would require a licence. The Board concluded this was neither the time nor the place to dispose of this issue.

As for the rate, CBRA initially sought royalties of 25 per cent of a monitor's income for the reproduction of the broadcasters' programs and 25 per cent for the fixation of their signals. The rate finally agreed upon was 9 per cent. Given the record of the proceedings and evidence on foreign practices, the Board concluded that this was a fair rate under the circumstances.

No one objected to the provisions of the new tariff proposal. Still, the Board addressed a number of issues.

Thus, the Board explained why it had included revenues obtained through an indirect use of the CBRA repertoire in the rate base. A monitor cannot prepare notes, conduct research or provide access to a database of excerpts until it has reproduced a broadcaster's programs and fixed its signal. Therefore, it makes sense to include the revenues from these activities in the rate base.

The Board also ensured that the certified tariff did not include provisions that could be assimilated to an illegal subdelegation of the Board's discretionary powers. It allowed broadcasters to impose an embargo on works that are otherwise part of the licensed repertoire; though problematic, the request was supported by eminently practical reasons. By contrast, the Board did not grant CBRA the discretion to add to the reporting requirements imposed on users.

The Board agreed to some extent that earlier licensing agreements provided a benchmark the Board could use in setting a tariff. Having said this and given, among other things, how highly concentrated the market was, the tariff became not so much the norm as a backdrop that will apply by default where CBRA and a monitoring firm are unable to reach an agreement. Under those circumstances, differences between the tariff and the licences should be clearly thought out and doubts generally should be resolved

in favour of users. The manner in which a monitor is informed of changes in CBRA's membership is a case in point. Appended to each licence is a list of CBRA members. The tariff proposal was silent on the issue. In the end, the Board required that CBRA provide an updated membership list from time to time or post and maintain such a list on a publicly accessible website.

CBRA also wanted that monitors be required to supply a list of customers once a year. Even though it had some misgivings, the Board concluded that the request was reasonable. While it is not needed for the purposes of distribution, the information will allow CBRA to gain a better understanding of the market in which its repertoire is being used. The confidentiality concerns that were raised were not without merit, however. Customer lists often constitute highly sensitive and valuable information. For that reason, the tariff prevents that information from being used for purposes other than those for which it is provided.

Finally, CBRA asked that interest on late payments be calculated according to a different formula than the one usually used in the Board's tariffs. The Board concluded that it would not be appropriate to adopt the proposed interest clause without further justification. The matter could be the subject of a wider debate in the context of another proceeding where the point of view of other interested parties could be heard.

It should be noted that the tariff imposes less demanding reporting requirements on monitors whose yearly revenues are less than $100,000.

Non-Commercial Media Monitors

Some institutions outsource their media monitoring; others do their own. At the time of the hearings, CBRA had signed agreements with three provincial governments and had reached an agreement in principle with part of the Canadian government.

The proposed tariff was somewhat confusing in its definition of "monitor". It targeted federal and provincial government departments, agencies and Crown corporations, Parliament and legislative assemblies, and federal and provincial political parties and organizations. The certified tariff extends to members of Parliament and of legislative assemblies and to registered parties. There was no need to mention represented parties or constituency offices of members of Parliament or of legislative assemblies. Finally, the Board was not willing to extend the ambit of the tariff to such vaguely defined entities as political organizations. CBRA did not seek a tariff that would apply to municipalities, private corporations, not-for-profit associations or charitable institutions.

The non-commercial tariff mirrors the commercial tariff as much as possible. Main differences concern the rate base, the purpose of the monitoring and the adaptation of terms and conditions to the peculiar circumstances of non-commercial monitors. Where the Board was unconvinced by the underlying rationale put forward by CBRA, no distinction was made. Further differences had to be made between the non-commercial tariff and the non-commercial licences. Thus, while it is possible in a licence to provide added clarity

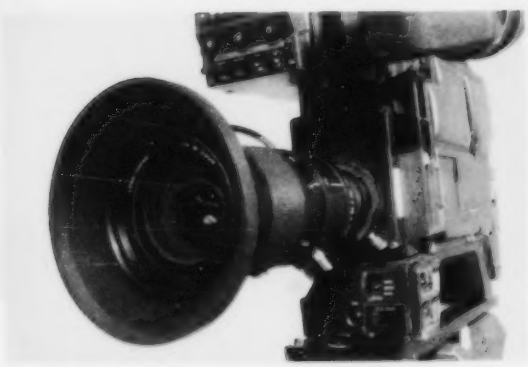
...

to the definition of the rate base or the determination of the uses that will be allowed, that is not possible in the case of a tariff that will apply to circumstances that cannot be fully predicted. A section was added in respect of exemptions regarding below-threshold media monitoring costs, reflecting the exemptions afforded in the commercial tariff.

Following up on its agreement in principle with the Attorney General of Canada, CBRA proposed a further set of provisions targeting institutions or groups of institutions with more than 15 decentralized monitoring offices, generating less than $100,000 in royalties in a given year. The addition of this option would have overly complicated the text of the tariff. The certified tariff does not offer this additional option.

The commercial tariff takes effect on January 1, 2000. The non-commercial tariff takes effect on January 1, 2001. Those are the dates for which the tariffs had been filed. Based on available information, the Board estimated that the agreements with commercial monitors and the attending tariff would generate royalties in the order of three-quarters of a million dollars per year, while the agreements with non-commercial monitors and attending tariff would trigger yearly payments of slightly more than one hundred thousand dollars.

The decision notes that throughout the process, CBRA was willing to listen to the concerns of users and to thoroughly respond to the Board's numerous questions. It also notes the willingness displayed by the Attorney General of Canada in helping gather and generate information that made it possible to better understand how media monitoring takes places within the federal government.



Arbitration Proceedings

Pursuant to section 70.2 of the *Act*, the Board can arbitrate disputes between a collective society that represents copyright owners and the users of the works of those owners. Its intervention is triggered by application by either the collective society or the user.

In 2004-2005, one application was filed with the Board by Access Copyright.

On March 31, 2004, Access Copyright filed its first proposed tariff for the reprographic reproduction of works in its repertoire for use in elementary and secondary schools. The proposal is for the years 2005 to 2009; it does not target Quebec. It was published in the *Canada Gazette* on April 24, 2004. A coalition of ministers of education and Ontario school boards objected to it; hearings into the matter are scheduled to start in January 2007.

The pan-Canadian licence that was in effect at the time the proposed tariff was filed expired on August 31, 2004. On July 13, 2004, Access Copyright filed an application to set the terms and conditions of a licence for the period from September 1 to December 31, 2004. It also asked for an interim decision that would apply from September 1, 2004 until the tariff was certified.

On August 27, 2004, Access Copyright sent to the Board copy of an agreement setting out the terms and conditions of an interim licence for the relevant period and withdrew its request for an interim decision. Access Copyright maintained its request for a permanent licence and for a tariff; these will be addressed in later decisions.

Unlocatable Copyright Owners

Pursuant to section 77 of the *Act*, the Board may grant licences authorizing the use of published works, fixed performances, published sound recordings and fixed communication signals, if the copyright owner is unlocatable. However, the *Act* requires licence applicants to make reasonable efforts to find the copyright owner. Licences granted by the Board are non-exclusive and valid only in Canada.

Since its inception in 1989, the Board has issued 150 licences. In 2004-2005, 38 applications were filed with the Board and 16 licences were issued as follows:

- *Don Pedro Payne,* Ottawa, Ontario, for the reproduction of architectural plans created by Concept Gennic Inc. – Building & Design Technology for the property located at 91-93 Arlington Avenue in Ottawa.
- *Deerpark Management Limited,* Ottawa, Ontario, for the reproduction of architectural plans created by Peter Pivcko for the property located at 99 Holland Avenue in Ottawa.
- *Dr. Paul Jackson,* Montreal, Quebec, for the reproduction in a book of a cartoon by Stewart Cameron published in 1943 in his book entitled *Basic training daze: candid cartoons of you and me in the army* (publisher unknown).
- *Aaron Burnett,* Winnipeg, Manitoba, for the mechanical reproduction of the song lyrics *A Leaf Fan's Dream* written by Doug Moore (publisher unknown), published in 1961 as a single and in 1996 on the record album *Early Canadian Rockers, Vol. 3,* Collector Records, Holland.
- *Richard Brant,* Ottawa, Ontario, for the reproduction of architectural plans created in 1952 by James Moor and Sons Ltd. for the property located at 126-128 Baseline Road in Ottawa.
- *Morrison Hershfield Limited,* Ottawa, Ontario, for the reproduction of architectural plans created by McDonald Developments, Roy Allen & Associates and J.G. Knowlton Ltd. for the property located at 2716 Richmond Road in Ottawa.
- *Eric Charron,* Ottawa, Ontario, for the reproduction of architectural plans created by "Tracey" on February 12, 1990 for the two-story addition to the property located at 27 Monk Street in Ottawa.
- *Sarah Houriham,* Ottawa, Ontario, for the reproduction of architectural plans created by Maclean and Associates in 1990 for the property located at 522 Mariposa Crescent (Rockcliffe) in Ottawa.
- *Anne Marie Barter and Randy Sauvé,* Ottawa, Ontario, for the reproduction of architectural plans created in 1976 by Campeau Homes for the property located at 166 Bourbon Street in Ottawa.
- *Summit REIT Property Management Ltd.,* Calgary, Alberta, for the reproduction of architectural plans created in 1975 by K. Robert Trueman, architect, for the property located at 3501, 54th Avenue SE in Calgary.

- *Maloney Property Management Inc.*, Ottawa, Ontario, for the reproduction of mechanical and electrical plans created by J. G. Knowlton Ltd. for the property located at 250 Rideau Place in Ottawa.
- *Alastair Gale Inc. Architect and Planning Consultant*, Ottawa, Ontario, for the reproduction of architectural plans created by J. Morris Woolfson, architect, for the property located at 218 Maclaren Road in Ottawa.
- *CRESA Partners*, Calgary, Alberta, for the reproduction of mechanical and electrical plans created by Hrudko Bustos Engineering of Calgary for the property located at 2905, 12th Street NE in Calgary.
- *Controlex Corporation*, Ottawa, Ontario, for the reproduction of architectural plans ordered by Macdonald Developments in 1990 for the property located at 4025 Innes Road in Ottawa.
- *Trigenex inc.*, Ste-Julie, Québec, for the reproduction of architectural plans created in 1977 by Angelo A. Kolenc for the property located at 33 Banner Road in Ottawa.
- *Robin Langdon*, Record Producer of Toronto, Ontario, for the mechanical reproduction on CD of five musical works (authors and publishers unknown).

In addition, the Board rendered three decisions dismissing applications. In two instances, there was complete absence of evidence that the works had been published. The first one, filed by the Canadian Centre for Architecture of Montreal was for the reproduction and display, in the context of the exhibition *Les années 00 : Montréal voit grand*, three photographs taken in 1955, 1957 and 1967 which are at the National Archives of Canada. Neither the applicant nor the National Archives of Canada were able to provide any hint whatsoever of publication. The other application, filed by the Office of the Lieutenant Governor of Quebec, was for the reproduction, in a book on the history of lieutenant governors of Quebec, of a photograph taken on the opening day of the November 1959 legislative session. The name of the photographer was unknown and the applicant was unable to provide any evidence that the picture had been published.

As for the application filed by Ms. Dominique Marquis of Montreal, she wanted to reproduce headlines and excerpts from articles published in *L'Action catholique* between 1910 and 1938. Based on the record, the Board concluded that the identity of those who authored what the applicant seeked to reproduce was not known. Consequently, the Board concluded that the works were anonymous works published more than fifty years ago. Hence, there was no doubt, pursuant to paragraph 6.1(a) of the *Copyright Act*, that the works were in the public domain.

Court Decisions

SOCAN Tariff 22 (Music on the Internet)

On October 27, 1999, the Board issued its first decision dealing with SOCAN's proposed Tariff 22 concerning the communication to the public of musical works on the Internet. On May 1, 2002, the Federal Court of Appeal granted in part SOCAN's application for judicial review of the Board's decision. On March 27, 2003, the Supreme Court of Canada granted leave to appeal from the decision. On June 30, 2004, the Court reversed part of the decision of the Court of Appeal.

The decision reached a number of conclusions each of which will constitute significant guidelines when time comes for the Board to set certain tariffs. These conclusions appear to rely on two basic principles. The Court reiterated that in its recent decisions, it sought to balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works and obtaining a just reward for the creator. The Court then added that the use of Internet should be facilitated rather than discouraged, but this should not be done unfairly at the expense of the creator of the works.

The relevant conclusions can be stated as follows.

First, a communication by telecommunication occurs when music is transmitted from the host server to the end user.

Second, it is the content provider who effects a telecommunication. Each transmission must be looked at individually to determine whether in that case, an intermediary merely acts as a conduit or whether it is acting as something more. Generally speaking, however, only the person who posts a musical work communicates it.

Third, an Internet communication that crosses one or more national boundaries "occurs" at a minimum in the country of transmission and in the country of reception. Copyright infringement occurs in Canada where there is a real and substantial connection between this country and the communication at issue. An analysis of Canadian decisions and of European, American, Australian and French legislation on the issue led to the conclusion that Parliament could regulate a communication so long as it presented a real and substantial connection with Canada. Furthermore, Parliament intended to exercise its copyright jurisdiction to impose liability on every participant in an Internet communication with such a connection to Canada. In terms of the Internet, relevant connecting factors would include the situs of the content provider, the host server, the intermediaries and the end user. The weight to be given to any particular factor will vary with the circumstances and the nature of the dispute.

Fourth, paragraph 2.4(1)*(b)* of the *Act*, when stating that participants in a telecommunication who only provide the means of telecommunication necessary are deemed not to be communicators, is not a simple exception to the violation of copyright; rather, it is an important element of the balance struck by the statutory scheme. Whatever means are reasonably useful and proper to achieve the benefits of enhanced economy and efficiency are "necessary". So long as an Internet intermediary does not itself engage

in acts that relate to the content of the communication, whose participation is content neutral and confines itself to providing "a conduit" for information communicated by others, then it will fall within paragraph 2.4(1)*(b)*. The person who makes the work available for communication is not the host server provider but the content provider. Having said this, a service provider can play many roles. Copyright liability may attach to the added functions. The protection provided by paragraph 2.4(1)*(b)* relates only to a protected function.

So, the Court concluded that caching for the purpose of enhancing Internet economy and efficiency is "necessary" within the meaning of paragraph 2.4(1)*(b)*. The means "necessary" are means that are content neutral and are necessary to maximize economy and cost-effectiveness. Parliament has decided that there is a public interest in encouraging intermediaries who make telecommunications possible to expand and improve their operations without the threat of copyright infringement. To impose copyright liability on intermediaries would obviously chill that expansion and development, as the history of caching demonstrates. That interpretation best promotes the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect without depriving copyright owners of their legitimate entitlement. Caching is content neutral and ought not to have any legal bearing on the communication between the content provider and the end user.

Fifth, when massive amounts of non-copyrighted material are accessible to the end user, it is not possible to impute to the Internet service provider, based solely on the provision of Internet facilities, an authority to download copyrighted material as opposed to non-copyrighted material. Copyright liability may attach if the service provider has notice that a content provider has posted infringing material on its system and fails to take remedial action. Still, an overly quick inference of "authorization" would put the service provider in the difficult position of judging whether the copyright objection is well founded, and to choose between contesting a copyright action or potentially breaching its contract with the content provider. A more effective remedy to address this potential issue would be the enactment by Parliament of a statutory "notice and take down" procedure as has been done in the European Community and the United States.

For his part, LeBel J. would have affirmed the Board's determination that an Internet communication occurs within Canada when it originates from a server located in Canada. Stakeholders need to know with a degree of certainty whether they will be liable in Canada for a communication of copyrighted works. The test provided by the Board is practically sound and provides the requisite predictability. It best accords with the meaning and purpose of the *Act* and accords with the principle of territoriality of international copyright law. It is a straightforward and logical rule and readily applicable by the Board in setting tariffs, by the courts in infringement proceedings and by solicitors in providing advice to their clients.

By contrast, the real and substantial connection test is used mostly in the recognition and enforcement of judgments from other provinces or countries. It is not a principle of legislative

• • •

jurisdiction and applies only to courts. It is inconsistent with the territoriality principle in that it may reach out and grasp content providers located in Bangalore who post content on a server in Hong Kong based only on the fact that the copyrighted work is retrieved by end users in Canada. Its application raises privacy issues, by encouraging the monitoring of an individual's surfing and downloading activities. Privacy interests of individuals will be directly implicated where owners of copyrighted works or their collective societies attempt to retrieve data from Internet service providers about an end user's downloading of copyrighted works. One should therefore be chary of adopting a test that may encourage such monitoring.

[*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Association of Internet Providers, [2004] 2 S.C.R. 427, 2004 SCC 45*]

Private Copying

The Board's decision of December 12, 2003, certifying the *Private Copying Tariff, 2003-2004* triggered three applications for judicial review. The Federal Court of Appeal heard the applications on October 12 and 13, 2004. On December 14, 2004, the Court granted one of the applications for part.

The applications raised four issues. First, is the private copying regime constitutionally valid? Second, could the Board rule that the zero-rating program operated by the Canadian Private Copying Collective (CPCC) had no legal basis? Third, could the Board set levies on memory embedded in digital audio recorders? Fourth, could the Board set rates that were higher than what CPCC had requested?

Constitutional validity

A coalition of retailers argued that the private copying regime is not copyright law, that the levy scheme is a tax and that the regime is excessively broad and vague and not sufficiently connected to copyright law. The Court disagreed.

The private copying regime is in pith and substance copyright law. The essential element of the federal competence over copyright involves the establishment of a legal framework allowing rights holders to be rewarded for the reproduction of recorded music by third parties. The regime achieves this. It legalizes private copying while providing that rights holders are compensated. The price of doing so is sometimes borne by persons who do not private copy. Still, every element of the regime is sufficiently linked to Parliament's goal to compensate rights holders.

The levy is not a tax, but a regulatory charge. A tax usually is: (1) enforceable by law, (2) imposed pursuant to the authority of Parliament, (3) levied by a public body, and (4) imposed for a public purpose. Also, if a nexus exists between the quantum charged and the cost of the service provided, or if the levy is so connected to a regulatory scheme that treating it as a tax would frustrate federalism, the charge is not a tax but a fee.

The Board had reasoned that the levies were not imposed by it since it cannot set the tariff process in motion nor collect the amounts owing. It also held that, although the regime was enacted for the benefit of the Canadian public, it is inaccurate to say that the levies were for a public purpose. The Court disagreed on both counts. The levy supports the creators and the cultural industries by

striking a balance between the rights of creators and users. As such, the levy is collected for a public purpose, even though it is paid directly to rights holders. CPCC initiates the process and collects the levies, but the Board sets the levy. As such the levy is levied by a public body.

This left the question of whether the levy is a regulatory charge. Factors to consider include the presence of: (1) a complete and detailed code of regulation; (2) a specific regulatory purpose which seeks to affect the individual behaviour; (3) actual or properly estimated costs of the regulation; and (4) a relationship between the regulation and the person being regulated. Applying these factors, the Board held that the regime was a regulatory scheme. The Court agreed.

Though simply expressed and organized, the scheme is both complex and detailed. The Board's valuation model links the levy rate to the revenue shortfall for rights holders resulting from copying by consumers. As such, the regime is a complete and detailed code of regulation that meets the first factor.

The levy is computed in order to advance the statutory scheme. The Board must ensure that there is a correlation between the extent of the private copying that occurs by the use of the blank media and the levies that are certified with respect to such media. This satisfies the third factor.

By making blank media available to consumers, manufacturers and importers allowed for the proliferation of consumer copying and thereby caused the need for the regime. Retailers argued that manufacturers and importers are not responsible for the illegal acts of consumers. However, to have "caused the need" for a regulation, it is not necessary for the manufacturers and importers to have been responsible for private copying in the legal sense. It is enough that they have provided the means by which private copying takes place. This takes care of the fourth factor.

The second factor is also present. By legalizing private copying, the regime enables and may encourage individuals to copy recorded music on blank media. This in turn may encourage the wider dissemination of recorded music and increase creative efforts by rights holders through increased sales of blank media. As such, the levy affects the behaviour of individuals.

The legality of the zero-rating program

The zero-rating program was initiated by CPCC on a voluntary basis. Users first obtain a certificate number allowing them to purchase media levy-free from authorized manufacturers, importers and distributors, who are also required to register with CPCC and sign agreements.

The program has been the subject of inconsistent rulings by the Board. However, the Board has throughout taken the position that the exemption extended by CPCC under the program is not authorized under the *Act*. In Private Copying I, the Board, without objecting to the program, indicated that it could not take it into account in setting the levy. In Private Copying II, the Board held that, although it could not create exemptions, it could take the program into account in setting the levy. In Private

...

Copying III, the Board held both that it could not take the program into account in setting the levy and that the program had no legal basis and was therefore illegal.

CPCC submitted that the Board exceeded its jurisdiction in declaring the program to be illegal and, by extension, CPCC's zero-rating agreements. The *Act* does not grant the Board the power to rule upon the legality of private agreements unless this is necessarily linked to its rate-setting function. By declaring the program to be illegal, the Board ignored CPCC's right to waive the collection of statutory debts owing to it. In any event, CPCC said, the decision was both incorrect in law and unreasonable.

Before deciding whether the Board erred in law when it held that it should disregard the zero-rating program in setting a levy, the Court thought it important to deal with the inability of CPCC or the Board to create exemptions from the levy. The Board held that the program is not authorized by the *Act* essentially because if Parliament had intended to insulate non-copiers from the effects of the regime, it would have so provided or would have provided the Board with the tools to accommodate those persons.

The Board's conclusion that it does not have the power to create exemptions was not contested. If a statute specifies exceptions to a general rule, other exceptions generally are not to be read in. Subsections 82(2) and 86(1) of the *Act* provide exceptions to the levy. Parliament expressly empowered Cabinet to exclude from liability certain media. Finally, paragraph 87*(a)* provides that Cabinet, and not the Board or collecting bodies, may make regulations respecting procedures for the operation of the section 86 exemption. It cannot credibly be suggested that Parliament envisaged that CPCC could create and administer exemptions that are not explicitly created by the statute.

The words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. The strongest argument in favour of an implicit authority to grant the exemptions which underlie the zero-rating program was the suggestion that this program goes some way to achieving statutory objectives. However, it must still be shown that Parliament intended such a grant. The Board, having confronted this question, concluded that it did not have the legal authority to create exemptions. It noted the total absence of legislative control over the power being claimed by CPCC and the importance of the consequences flowing from the zero-rating program. CPCC would effectively regulate the market for blank CDs, thereby engendering distribution problems by forcing sales outside the normal supply chain. The Board expressed reservations about the fairness of the program and its potential for arbitrariness. Realizing the impact of the program, the Board did not accept that Parliament could have intended such an extensive grant without providing for a framework for its exercise.

The question then was whether the zero-rating program was relevant to setting the levy. This was akin to asking whether Parliament intended the cost of the levy to be passed on to all end users, or only to those who actually copy music. The Court ruled that it would have been unreasonable for the Board to have concluded that it should take the zero-rating program into account.

The Board explained that the levy was intended to apply to all blank media regardless of their use and that the zero-rating program created an exemption contrary to that intent by excluding from the levy persons who do not private copy. These exemptions have a direct impact on the levies set by the Board. If the exemptions are not authorized, the levy must be calculated on the basis that all purchasers of blank media will pay it. If the exemptions are authorized, the levy must be adjusted upwards to account for the levy-free purchases of blank media under the program. The holding that the zero-rating program is "illegal" simply meant that the Board would disregard it when setting the levy.

CPCC argued that the Board exceeded its jurisdiction by ruling on the legality of private agreements with the program participants and that the effect of the Board's decision was to take away the common law right of rights holders to waive the payment of levies. The Court did not read the Board's decision as holding that the program, to the extent that it is based on the waiver by rights holders of their rightful entitlement, is illegal. The Board made it clear that CPCC can forego the collection of levies legally owing to it. However, it can no longer expect that the Board will compensate it for the negative impact of the program on its revenues.

CPCC argued that the Board has no choice but to take the impact of the program into account, just as it must take into account any other market reality. The Board rejected this proposition. It came to realize that CPCC was attempting to introduce through the back door the very exemption which it had twice refused to recognize. This is what led the Board to hold that it would no longer compensate rights holders for the effect of the program on CPCC's revenues. In so doing, the Board committed no reviewable error.

Does a digital audio recorder contain an audio recording medium?

An "audio recording medium" is "a recording medium, regardless of its material form, onto which a sound recording may be reproduced and that is of a kind ordinarily used by individual consumers for that purpose, excluding any prescribed kind of recording medium." The issue was whether permanently embedded memory incorporated into a digital audio recorder retains its identity as an "audio recording medium."

The Board held that memory incorporated into some device does not lose its identity so as to take it outside the definition. In effect, it looked through the device being sold and reached the permanently embedded memory found therein. The Canadian Storage Media Alliance (CSMA) argued that embedded memory becomes integrated in, and inseparable from, the device, and thus loses its separate identity. In the alternative, it submitted that the Board created an exemption by only imposing a levy on memory when it is embedded in a recorder and not when the identical memory is embedded in other electronic devices.

Although the Board purported to establish a levy on the embedded memory, it acknowledged that this memory could not, looked at on its own, allow for the establishment of the levy; it is the device that is the defining element of the levy and not the memory incorporated therein.

• • • ▸

The Court found that the Board cannot establish a levy and determine the applicable rates by reference to the device and yet assert that the levy is being applied on something else. It understood why the Board wanted to bring MP3 players within the ambit of the regime. However, as desirable as this might seem, the authority for doing so still has to be found in the *Act*. The Board focussed on the phrase "regardless of its material form" to hold that Parliament intended that a levy be established on a medium, regardless of its incorporation into a device. The Court found a number of problems with this analysis. First, if memory does not become an "audio recording medium" unless and until it is incorporated into the appropriate device, it is difficult to see how memory can be said to remain a medium when embedded into a device. Second, upon being incorporated into a device, memory undergoes no change in form. It is therefore difficult to see how the Board could rely on the phrase "regardless of its material form" to justify its conclusion. Furthermore, to rely on this phrase, the Board first had to identify an "audio recording medium". According to its own reasons, a memory is not an "audio recording medium" unless and until embedded into a digital audio recorder. The phrase on which the Board relied to "see through" a digital audio recorder and reach the memory embedded therein did not support its conclusion.

The Board acknowledges that, when it enacted Part VIII, Parliament could not have envisioned recent technological developments. Parliament was aware that blank audio tapes were the cause of the harm to rights holders and had been made aware of proposals in other countries (including the U.S.) to extend the levy to the hardware which recorded and played these blank audio tapes. Still, it chose to limit the levy to blank medium. This shows that the definition of "audio recording medium" stands in contradistinction with a recorder or similar device as these were known to exist at the time and whose function it is to record and play blank audio tapes. No one has ever pretended that tape recorders came within the ambit of the definition. A digital audio recorder is not a medium. The Board erred when it held that it could certify a levy on the memory integrated into a digital audio recorder.

Finally, the liability for the payment of the levy can only arise "on selling or otherwise disposing of those blank audio recording media". The Board therefore had to look at what was being sold and determine whether the subject-matter of the sale came within the ambit of the definition. The subject-matter of the sale was a device, not a medium. In the absence of such a sale, no liability can arise for the levy. As Part VIII now reads, there is no authority for certifying a levy on such devices or the memory embedded therein.

• • •

Ultra petita

The last issue was whether the Board could set a levy beyond that sought by CPCC and, if so, whether the levy in question was set within the bounds of fairness.

CSMA submitted that nothing in the *Act* empowers the Board to disregard the *ultra petita* principle. Proposed tariffs are published; stakeholders are given a period within which to file written objections. If the Board could unilaterally certify a tariff higher than that proposed, the purpose of the notice period would be undermined. Alternatively, the applicants argued that setting a levy beyond the tariff published also was unfair to those who might have intervened if the approved rate had been advertised.

The *ultra petita* principle is generally understood to mean that a Court will not make a ruling beyond what is requested by the parties. The legislator is free to remove administrative tribunals from the constraints of the principle. This will often be the case, as tribunals are generally created to advance interests that go beyond those of the parties who appear before them. The Court found subsections 83(8) and (9) of the *Act* particularly relevant. Their language is not as clear as that for other administrative tribunals (e.g., *National Transportation Act*); still, upon being seized with a proposed tariff, the Board retains the discretion to establish a tariff that is fair and equitable, and to set such terms and conditions as the Board considers appropriate.

In this instance, the Board explained that it could not set the rate based on the model proposed by CPCC because it was too complex and used instead its own model which resulted in a marginal increase. In fixing royalties, the Board must take account of numerous factors, including the competing interests of the parties and the requirement that the levy be fair and equitable. Given the Board's role, its broad discretion and the language of subsections 83(8) and (9), the *ultra petita* principle did not prevent the Board from deviating as it did from the proposed tariff.

There remained the issue of fairness. The levy only exceeded the amount requested for two of the four typical formats of non-removable "flash" memory incorporated into digital audio recorders, and was less than what would have applied to higher capacity recorders. There was no evidence suggesting that concerned persons who did not participate would have done so if they had known that the resulting tariff would be marginally higher than that applied for. This showed in the Court's view that the Board had properly assessed the situation and arrived at the correct conclusion when it said that no unfairness would result from the increase which it authorized.

[*Canadian Private Copying Collective v. Canadian Storage Media Alliance (F.C.A.) [2005] 2 F.C. 054*]

Agreements Filed with the Board

Pursuant to the *Act*, collective societies and users of copyrights can agree on the royalties and related terms of licences for the use of a society's repertoire. Filing an agreement with the Board pursuant to section 70.5 of the *Act* within 15 days of its conclusion, shields the parties from prosecutions pursuant to section 45 of the *Competition Act*. The same provision also grants the Commissioner of Competition appointed under the *Competition Act* access to those agreements. In turn, where the Commissioner considers that such an agreement is contrary to the public interest, he may request the Board to examine it. The Board then sets the royalties payable under the agreement, as well as the related terms and conditions.

In 2004-2005, 368 agreements were filed with the Board, totalling 4,045 agreements filed since the Board's inception in 1989.

Access Copyright, which licenses reproduction rights, such as photocopy rights, on behalf of writers, publishers and other creators, filed 303 agreements granting various institutions and firms a licence to photocopy works in its repertoire. These agreements were concluded with various educational institutions, libraries, non-profit associations and copy shops.

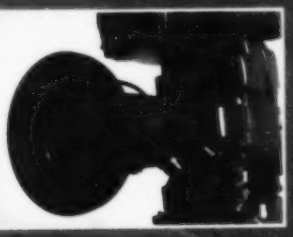
The *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction* (COPIBEC) filed 41 agreements. COPIBEC is the collective society which authorizes in Quebec the reproduction of works from Quebec, Canadian (through a bilateral agreement with Access Copyright) and foreign rights holders. COPIBEC was founded in 1997 by *l'Union des écrivaines et écrivains québécois* (UNEQ) and the *Association nationale des éditeurs de livres* (ANEL). The agreements filed in 2004-2005 have been concluded with various organizations and municipalities in the Province of Quebec, and one with the Government of Quebec.

Access Copyright and COPIBEC have also filed an agreement they jointly entered into with the National Bank of Canada.

The Audio-Video Licensing Agency (AVLA), which is a copyright collective that administers the copyright for owners of master and music video recordings, has filed, for its part, 22 agreements.

Finally, the Canadian Broadcasters Rights Agency (CBRA) filed one agreement it entered into with the commercial media monitor CNW Group Ltd. CBRA represents various Canadian private broadcasters who create and own radio and television news and current affairs programs and communication signals.

RAPPORT ANNUEL 2004-2005



Commission du droit d'auteur du Canada

Copyright Board
Canada

CANADA

Commission du droit d'auteur
Canada

L'honorable David L. Emerson, c.p., député
Ministre de l'Industrie
Ottawa (Ontario)
K1A 0A6

Monsieur le ministre,

J'ai l'honneur de vous transmettre pour dépôt au Parlement, conformément à l'article 66.9 de la *Loi sur le droit d'auteur*, le dix-septième rapport annuel de la Commission du droit d'auteur du Canada pour l'exercice financier se terminant le 31 mars 2005.

Veuillez agréer, Monsieur le ministre, l'expression de ma très haute considération.

Le Vice-président
et premier dirigeant,

Stephen J. Callary

56, rue Sparks, Bureau 800, Ottawa (Ontario) K1A 0C9
Téléphone : (613) 952-8621 Télécopieur : (613) 952-8630
Site Web : **www.cda-cb.gc.ca**

Table des matières

	Page
Message du président	5
Mandat de la Commission	9
Contexte opérationnel	11
Régie interne de la Commission	13
Exécution publique de la musique	15
Retransmission de signaux éloignés	23
Copie pour usage privé	23
Droits éducatifs	24
Veille médiatique	25
Procédures d'arbitrage	29
Titulaires de droits d'auteur introuvables	30
Jugements des tribunaux	32
Ententes déposées auprès de la Commission	42

Commissaires et personnel de la Commission

au 31 mars 2005

Président :	L'honorable juge William J. Vancise
Vice-président et premier dirigeant :	Stephen J. Callary
Commissaires :	M[e] Francine Bertrand-Venne
	M[e] Sylvie Charron
	M[e] Brigitte Doucet
Secrétaire général :	M[e] Claude Majeau
Avocat général :	M[e] Mario Bouchard
Directeur de la recherche et de l'analyse :	Gilles McDougall
Greffière :	Lise St-Cyr
Gestionnaire, Services ministériels :	Ivy Lai
Agents au greffe :	Nadia Campanella
	Tina Lusignan
Adjoint aux finances et à l'administration :	Joanne Touchette
Adjointe administrative :	Manon Huneault
Agent à l'informatique :	Michel Gauthier

Message du président

J'ai le plaisir de présenter le rapport annuel 2004-2005 de la Commission du droit d'auteur du Canada. Ce rapport, le premier depuis ma nomination à la présidence, rend compte des activités de la Commission au cours de l'année pour s'acquitter de son mandat et de ses responsabilités aux termes de la *Loi sur le droit d'auteur.* Plusieurs défis stimulants se sont présentés au cours de la première année de mon mandat, et c'est avec un grand intérêt que je les relèverai ainsi que ceux qui se présenteront dans les années à venir.

La Commission a tenu deux audiences et une conférence préparatoire à une audience en 2004-2005. À la première audience, la Commission s'est penchée sur le tarif des redevances à verser à l'Agence des droits des radiodiffuseurs canadiens (CBRA) pour la fixation et la reproduction d'œuvres et de signaux de communication par les entreprises de veille médiatique pour les années 2000 à 2005 et par les services non commerciaux de veille médiatique pour les années 2001 à 2005.

La deuxième audience portait sur l'examen des redevances à percevoir des stations de radio commerciales pour les années 2003 à 2007 pour la communication au public par télécommunication des œuvres musicales faisant partie du répertoire de la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) et d'enregistrements sonores publiés faisant partie du répertoire de la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV).

La conférence préparatoire à une audience, qui a eu lieu le 15 février 2005, portait sur des questions de procédure visant à accélérer l'audience sur le tarif de la SOCAN pour les sonneries.

Au cours de l'année, la Commission a rendu six décisions. La première décision portait sur divers tarifs de la SOCAN homologués au cours de l'exercice précédent, dont les motifs ont été publiés le 18 juin 2004. La deuxième, rendue le 14 décembre 2004, prolongeait pour une période indéterminée et de façon provisoire l'application du tarif homologué de 2003-2004 pour la copie privée jusqu'à ce qu'une décision finale soit rendue. La troisième, rendue le 14 janvier 2005, homologuait la redevance à percevoir par la Société canadienne de gestion des droits éducatifs (SCGDE) des établissements d'enseignement pour la reproduction et l'exécution d'œuvres ou autres objets du droit d'auteur communiqués au public par télécommunication pour les années 2003 à 2006. La quatrième, aussi rendue le 14 janvier 2005, homologuait le tarif de la SGCDV concernant la radio de la Société Radio-Canada. La cinquième décision, rendue le 25 février 2005, homologuait les tarifs de la SOCAN et de la SCGDV visant les services sonores payants pour les années 2003 à 2006. Et finalement, le 29 mars 2005, la Commission a rendu une décision sur les redevances à percevoir par la CBRA pour la fixation et la reproduction d'œuvres et de signaux de communication par les entreprises de veille médiatique pour les années 2000 à 2005 et par les services non commerciaux de veille médiatique pour les années 2001 à 2005.

De plus amples détails sont fournis dans le présent rapport sur les décisions mentionnées précédemment.

En 2004-2005, la Commission a délivré 16 licences non exclusives pour l'utilisation d'œuvres pour lesquelles les titulaires de droits étaient introuvables. En outre, trois décisions ont été rendues rejetant des demandes de licence. Dans le cas des deux premières

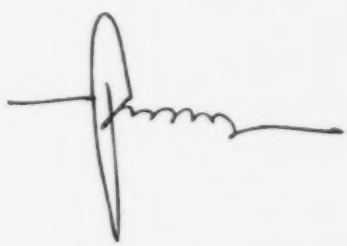
• • •

demandes, il y avait absence complète de preuve de publication tandis que la troisième portait sur une autorisation de reproduire des œuvres anonymes publiées il y a plus de 50 ans et qui, par conséquent, appartiennent au domaine public.

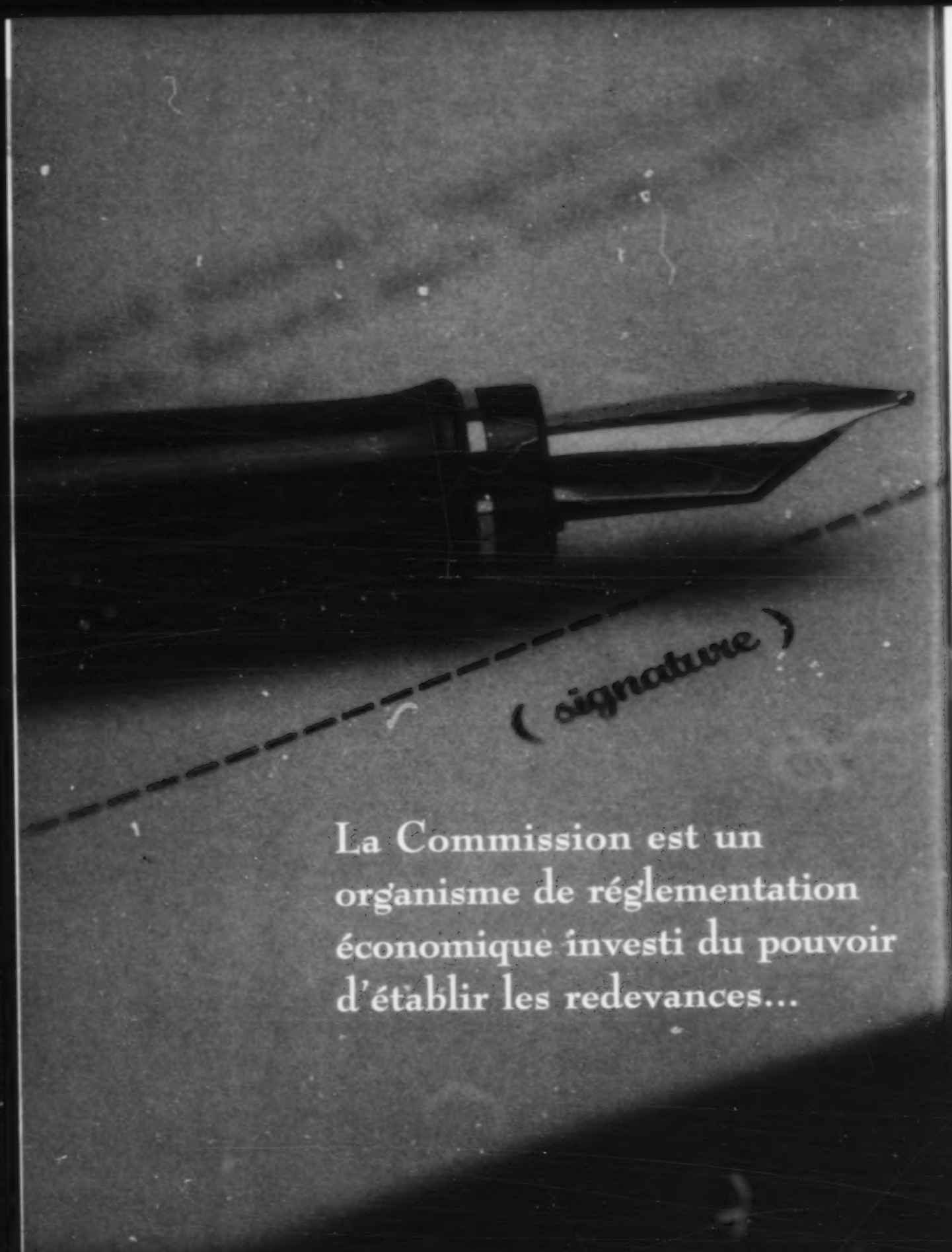
La Commission a amorcé des procédures au cours de cet exercice, ce qui signifie que des audiences auront lieu à l'automne 2005, en 2006 et au début de 2007. Certaines de ces audiences seront très exigeantes. La Commission examinera pour la première fois le tarif à verser pour la reproduction d'œuvres musicales par les services de musique en ligne. Elle examinera également les redevances à percevoir des établissements d'enseignement pour la reproduction par reprographie d'œuvres du répertoire d'Access Copyright.

Comme vous pouvez le constater d'après ce qui précède, l'année 2004-2005 a été une période d'activité intense et fructueuse pour la Commission.

Sur une note plus personnelle, je voudrais remercier tous mes collègues de la Commission ainsi que le personnel pour leur appui et leur aide tout au long de la dernière année. C'est grâce à leur dévouement et à leur compétence que la Commission a pu s'acquitter de son mandat.



L'honorable juge William J. Vancise



La Commission est un organisme de réglementation économique investi du pouvoir d'établir les redevances...

Mandat de la Commission

Créée le 1er février 1989, la Commission du droit d'auteur du Canada a succédé à la Commission d'appel du droit d'auteur. La Commission est un organisme de réglementation économique investi du pouvoir d'établir, soit de façon obligatoire, soit à la demande d'un intéressé, les redevances à être versées pour l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur, lorsque la gestion de ce droit est confiée à une société de gestion collective. Par ailleurs, la Commission exerce un pouvoir de surveillance des ententes intervenues entre utilisateurs et sociétés de gestion, délivre elle-même certaines licences lorsque le titulaire du droit d'auteur est introuvable, et peut établir l'indemnité à verser par un titulaire de droits à un utilisateur lorsque l'entrée en vigueur d'un nouveau droit risque de porter préjudice à ce dernier.

La *Loi sur le droit d'auteur* (la «*Loi*») exige que la Commission homologue des tarifs dans les domaines suivants : l'exécution ou la communication publique d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores d'œuvres musicales, la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio, la reproduction d'émissions de radio et de télévision par les établissements d'enseignement et la copie privée. Dans les autres domaines où les droits sont gérés collectivement, la Commission peut, à la demande d'une société de gestion collective, homologuer un tarif. Sinon, la Commission peut agir à titre d'arbitre entre la société et l'utilisateur, si ceux-ci ne peuvent s'entendre sur les modalités d'une licence.

Voici les responsabilités spécifiques qui sont confiées à la Commission en vertu de la *Loi* :

- homologuer les tarifs pour l'exécution publique et la communication au public par télécommunication d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores [articles 67 à 69];
- homologuer les tarifs, à l'option des sociétés de gestion visées à l'article 70.1, pour l'accomplissement de tout acte protégé mentionné aux articles 3, 15, 18 et 21 de la *Loi* [articles 70.1 à 70.191];
- fixer les redevances payables par un utilisateur à une société de gestion, s'il y a mésentente sur les redevances ou sur les modalités afférentes [articles 70.2 à 70.4];
- homologuer les tarifs pour la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio, ou pour la reproduction et l'exécution publique par des établissements d'enseignement, à des fins pédagogiques, d'émissions ou de commentaires d'actualité et toute autre émission de télévision et de radio [articles 71 à 76];
- fixer les redevances pour la copie pour usage privé d'œuvres musicales enregistrées [articles 79 à 88];
- se prononcer sur des demandes de licences non exclusives pour utiliser une œuvre publiée, la fixation d'une prestation, un enregistrement sonore publié ou la fixation d'un signal de communication dont le titulaire du droit d'auteur est introuvable [article 77];

...

- examiner, à la demande du Commissaire de la concurrence nommé au titre de la *Loi sur la concurrence*, les ententes conclues entre une société de gestion et un utilisateur et déposées auprès de la Commission, lorsque le Commissaire estime que l'entente est contraire à l'intérêt public [articles 70.5 et 70.6];
- fixer l'indemnité à verser, dans certaines circonstances, à l'égard d'actes protégés à la suite de l'adhésion d'un pays à la Convention de Berne, à la Convention universelle ou à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, mais qui ne l'étaient pas au moment où ils ont été accomplis [article 78].

Par ailleurs, le ministre de l'Industrie peut enjoindre la Commission d'entreprendre toute étude touchant ses attributions [article 66.8].

Enfin, toute partie à une entente visant l'octroi d'une licence par une société de gestion peut déposer l'entente auprès de la Commission dans les 15 jours de sa conclusion, échappant ainsi à certaines dispositions de la *Loi sur la concurrence* [article 70.5].

Contexte opérationnel

Historique

C'est en 1925 que fut mise sur pied la première société canadienne de gestion du droit d'exécution publique, la *Canadian Performing Rights Society* (CPRS), une filiale de la PRS anglaise. En 1931, la *Loi sur le droit d'auteur* était modifiée à plusieurs égards. L'obligation d'enregistrer toutes les cessions de droits était abolie. En lieu et place, obligation était faite à la CPRS de produire une liste des titres de toutes les œuvres faisant partie de son répertoire et de déposer des tarifs auprès du Ministre. Ce dernier pouvait mettre en branle un processus d'examen des activités de la CPRS s'il était d'avis que le comportement de la société allait à l'encontre de l'intérêt public. Après une telle enquête, le gouvernement avait le pouvoir d'établir les droits que la société pourrait percevoir.

Deux enquêtes furent tenues, en 1932 et en 1935. La seconde recommanda la mise sur pied d'un organisme chargé d'examiner les tarifs pour l'exécution publique de la musique sur une base continue et avant qu'ils entrent en vigueur. En 1936, une modification à la *Loi* créa la Commission d'appel du droit d'auteur.

La Commission du droit d'auteur du Canada prit en charge les compétences de la Commission d'appel du droit d'auteur le 1er février 1989. Sous réserve de modifications mineures, on reconduisit le régime régissant l'exécution publique de la musique. La nouvelle Commission se vit attribuer deux autres domaines de compétence : la gestion collective de droits autres que le droit d'exécution d'œuvres musicales et l'octroi de licences pour l'utilisation d'œuvres publiées dont le titulaire du droit d'auteur est introuvable. Plus tard la même année, la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis* confia à la Commission la tâche d'établir le montant des redevances à verser pour le nouveau régime de licence obligatoire visant les œuvres retransmises sur des signaux éloignés de radio et de télévision, ainsi que celle de répartir ces redevances.

Le projet de loi C-32 (Loi modifiant la *Loi sur le droit d'auteur*), dont la sanction royale a été donnée le 25 avril 1997, a fait en sorte que la Commission est également responsable de l'établissement de tarifs pour l'exécution publique et la communication au public par télécommunication d'enregistrements sonores d'œuvres musicales, pour le bénéfice des artistes-interprètes et des producteurs de ces enregistrements («les droits voisins»), de l'établissement de tarifs pour la copie pour usage privé d'œuvres musicales enregistrées, pour le bénéfice des titulaires de droits sur les œuvres, les prestations enregistrées et les enregistrements sonores («le régime de la copie privée») et de l'établissement de tarifs pour l'enregistrement (*off-air taping*) et l'utilisation d'émissions de radio et de télévision à des fins pédagogiques («les droits éducatifs»).

Les pouvoirs généraux de la Commission

La compétence de la Commission porte sur des aspects de fond et de procédure. Certains pouvoirs lui sont attribués dans la *Loi*, de façon expresse; d'autres lui sont reconnus implicitement par la jurisprudence.

Règle générale, la Commission tient des audiences. Elle peut aussi procéder par écrit pour éviter à un petit utilisateur les dépenses additionnelles qu'entraînerait la tenue d'audiences. On dispose aussi, sans audience, de certaines questions préliminaires ou intérimaires. Jusqu'à maintenant, la Commission n'a pas tenu d'audiences pour traiter d'une demande de licence d'utilisation d'une œuvre dont le titulaire de droits d'auteur est introuvable. La Commission tient à ce que le processus d'examen de ces demandes

• • •

reste simple. L'information pertinente est obtenue par écrit ou au moyen d'appels téléphoniques.

Le processus d'examen est toujours le même. La société de gestion intéressée doit déposer un projet de tarif que la Commission fait paraître dans la *Gazette du Canada*. Un tarif prend toujours effet un premier janvier. Au plus tard le 31 mars précédent, la société de gestion intéressée doit déposer un projet de tarif. Les utilisateurs visés par le projet (ou dans le cas de la copie privée, toute personne intéressée) ou leurs représentants peuvent s'opposer au projet dans les soixante jours de sa parution. La société de gestion et les opposants ont l'occasion de présenter leurs arguments lors d'une audience devant la Commission. Après délibérations, la Commission homologue le tarif, le fait paraître dans la *Gazette du Canada* et fait connaître par écrit les motifs de sa décision.

Les principes et contraintes qui influencent les décisions de la Commission

Plusieurs balises viennent encadrer le pouvoir d'appréciation de la Commission. La source de ces contraintes peut être externe : loi, règlements et décisions judiciaires. D'autres lignes de conduite sont établies par la Commission elle-même, dans ses décisions.

Les décisions de justice ont pour une large part défini le cadre juridique à l'intérieur duquel la Commission exerce son mandat. Pour la plupart, ces décisions portent sur des questions de procédure ou appliquent les principes généraux du droit administratif aux circonstances particulières de la Commission. Ceci dit, les tribunaux judiciaires ont aussi établi plusieurs principes de fond auxquels la Commission est soumise.

La Commission dispose aussi d'une mesure importante d'appréciation, particulièrement lorsqu'il s'agit de questions de fait ou d'opportunité. Dans ses décisions, la Commission a elle-même mis de l'avant certains principes directeurs. Ils ne lient pas la Commission. On peut les remettre en question à n'importe quel moment, et le fait pour la Commission de se considérer liée par ceux-ci constituerait une contrainte illégale de sa discrétion. Ces principes servent quand même de guide tant pour la Commission que pour ceux qui comparaissent devant elle. Sans eux, on ne saurait aspirer au minimum de cohérence essentiel à tout processus décisionnel.

Parmi les principes que la Commission a ainsi établis, certains des plus constants sont : la cohérence interne des tarifs pour l'exécution publique de la musique, les aspects pratiques, la facilité d'administration afin d'éviter, dans la mesure du possible, d'avoir recours à des structures tarifaires dont la gestion serait complexe, la recherche de pratiques non discriminatoires, l'usage relatif d'œuvres protégées, la prise en compte de la situation canadienne, la stabilité dans l'établissement de structures tarifaires afin d'éviter de causer un préjudice, ainsi que les comparaisons avec des marchés de substitution et avec des marchés étrangers.

Régie interne de la Commission

Les commissaires sont nommés par le gouverneur en conseil à titre inamovible pour un mandat d'au plus cinq ans, renouvelable une seule fois.

La *Loi* précise que le président doit être un juge, en fonction ou à la retraite, d'une cour supérieure, d'une cour de comté ou d'une cour de district. Celui-ci dirige les travaux de la Commission et répartit les tâches entre les commissaires.

La *Loi* désigne le vice-président comme le premier dirigeant de la Commission. À ce titre, il assure la direction de la Commission et contrôle la gestion de son personnel.

De gauche à droite
Stephen J. Callary, Brigitte Doucet, l'honorable juge William J. Vancise, Francine Bertrand-Venne et Sylvie Charron

Président

L'honorable William J. Vancise, juge de la Cour d'appel de la Saskatchewan, a été nommé président de la Commission à temps partiel pour un mandat de cinq ans débutant en mai 2004. En 1996, M. le juge Vancise a été nommé juge de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest. Il est entré en fonction à la Cour du Banc de la Reine en 1982 puis, en novembre 1983, à la Cour d'appel de la Saskatchewan, où il siège toujours. M. le juge Vancise a reçu le titre de conseil de la Reine en 1979. D'abord associé chez Balfour and Balfour en 1961, il a été nommé partenaire chez Balfour, McLeod, McDonald, Laschuk and Kyle en 1963, cabinet dont il est devenu associé directeur en 1972. Bachelier en droit de l'Université de la Saskatchewan en 1960, le juge William Vancise a été admis au Barreau de la Saskatchewan en 1961.

...

Vice-président et premier dirigeant

Stephen J. Callary a été nommé à temps plein en mai 1999. Son mandat a été reconduit en 2004 pour cinq ans. Préalablement, M. Callary a agi à titre de Directeur général des firmes RES International et IPR International, à titre de Directeur exécutif de TIMEC – l'Institut de technologie pour les instruments médicaux du Canada et à titre de Président des firmes Projets Sotech Limitée et Hemo-Stat Limitée. Il possède une expérience internationale imposante dans les domaines du transfert des technologies, du droit d'auteur et des brevets pour les logiciels et de la négociation de licences de droits de propriété intellectuelle. De 1976 à 1980, M. Callary a travaillé au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), au Bureau du Conseil privé (BCP) et au Bureau des relations fédérale-provinciales (BRFP). Il est diplômé de l'Université de Montréal (Collège Loyola) et de l'Université McGill, où il a fait ses études de droit. Il a été admis au Barreau du Québec en 1973 et a poursuivi des études en droit international privé visant le Dr.jur. à l'Université de Cologne en Allemagne.

Commissaires

M^e^ Francine Bertrand-Venne a été nommée à temps plein en juin 2004 pour un mandat de cinq ans. Depuis juillet 1993, M^e^ Bertrand-Venne était directrice générale de la Société professionnelle des auteurs et des compositeurs du Québec (SPACQ). Elle était de plus avocate-conseil de la société en matière de relations de travail, de la *Loi sur le droit d'auteur* et de la *Loi sur la radiodiffusion*. M^e^ Bertrand-Venne est diplômée de l'Université de Sherbrooke (L.L.B. en 1972).

M^e^ Sylvie Charron a été nommée à temps plein en mai 1999. Son mandat a été reconduit en 2004 pour cinq ans. Avant de se joindre à la Commission, M^e^ Charron était professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa (section *common law* en français) et experte-conseil en radiodiffusion, en télécommunications et en droit d'auteur. Avant d'entamer ses études de droit, elle a œuvré pendant 15 ans au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC). M^e^ Charron est diplômée de l'Université d'Ottawa (B.Sc. en biologie en 1974, M.B.A. en 1981 et LL.B. – avec grande distinction en 1992). M^e^ Charron est membre de l'Association canadienne des professeurs de droit, de l'Association des juristes d'expression française de l'Ontario (AJEFO), du Conseil des tribunaux administratifs canadiens, ancienne vice-présidente de l'Association des femmes en communications (chapitre d'Ottawa) et ancienne directrice générale du Conseil des doyens et doyennes des facultés de droit du Canada.

M^e^ Brigitte Doucet a été nommée à temps plein en novembre 2001 pour un mandat de cinq ans. Depuis octobre 1999, M^e^ Doucet occupait le poste d'avocate-conseil en relations de travail à l'Association des producteurs de films et de télévision du Québec. Elle a également œuvré dans les domaines du droit d'auteur et de la musique, ainsi qu'en droit des affaires. De plus, elle a enseigné à l'Institut Trebas dans le cadre du programme Les affaires de la musique. Avant d'entreprendre ses études de droit, M^e^ Doucet a été conseillère en informatique pendant plus de huit ans. M^e^ Doucet est diplômée de l'Université de Montréal (LL.B. en 1993).

Note : *Des renseignements détaillés concernant les ressources de la Commission, y compris son budget des dépenses, figurent dans son Rapport sur les plans et priorités pour 2005-2006 (Partie III du Budget des dépenses) et dans son Rapport de rendement pour 2004-2005. Ces documents sont ou seront sous peu disponibles sur le site Web de la Commission (**www.cb-cda.gc.ca**).*

Exécution publique de la musique

Arrière-plan

Le régime prévu aux articles 67 et suivants de la *Loi* s'applique à l'exécution publique ou la communication au public par télécommunication de la musique. La musique fait l'objet d'une exécution publique lorsqu'elle est chantée ou jouée dans un endroit public, soit dans une salle de concert, un restaurant, un stade de hockey, sur la place publique ou ailleurs. La musique est communiquée au public par télécommunication lorsqu'elle est transmise à la radio, à la télévision ou sur l'Internet. Les sociétés de gestion perçoivent auprès des utilisateurs les redevances prévues dans les tarifs homologués par la Commission.

Audiences

Une audience et une conférence préparatoire ont eu lieu en 2004-2005. L'audience, tenue en mai et juin 2004, a porté sur les redevances à payer en 2003-2007 par les stations de radio commerciales pour la communication au public par télécommunication d'œuvres musicales faisant partie du répertoire de la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) et d'enregistrements sonores publiés d'œuvres musicales faisant partie du répertoire de la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV). Quant à la conférence préparatoire, tenue le 15 février 2005, elle portait sur des questions de procédure liées au tarif de la SOCAN pour les sonneries.

Décisions de la Commission

La Commission a rendu trois décisions en 2004-2005. La première concernait divers tarifs de la SOCAN homologués par la Commission durant l'exercice financier précédent et pour lesquels les motifs ont suivi le 18 juin 2004. La deuxième, rendue le 14 janvier 2005, homologuait le tarif de la SCGDV concernant la radio de la Société Radio-Canada. Et enfin, la troisième, rendue le 25 février 2005, homologuait les tarifs de la SOCAN et de la SCGDV visant les services sonores payants pour les années 2003 à 2006.

Tarifs de la SOCAN visant des licences multiples pour établissements et questions afférentes, 1998-2007

Les projets de tarifs de la SOCAN qui ont fait l'objet de cette décision ont été déposés auprès de la Commission entre les années 1997 et 2003. Dès l'automne 1998, la Commission entamait un examen de plusieurs tarifs qui avaient soulevé de nombreuses plaintes ou oppositions, particulièrement par l'Association canadienne des restaurateurs et des services alimentaires (CRFA), l'Association des hôtels du Canada (HAC) et plusieurs petites communautés rurales de l'Alberta. Dans l'ensemble, ces utilisateurs soulevaient l'iniquité d'avoir à payer des redevances en vertu de plusieurs tarifs distincts pour des usages de musique ayant cours dans une même salle et le fardeau financier trop lourd d'avoir à payer des redevances minimales cumulées, soit pour plusieurs événements, soit en vertu de plusieurs tarifs.

Les audiences portant sur ces questions se sont tenues du 4 au 6 février 2002, et les 17 et 18 juin 2003. La Commission a par la suite homologué les tarifs suivants (dont certains n'avaient pas fait l'objet d'oppositions ou pour lesquels une entente est intervenue) :

- Tarif 1.A (Radio commerciale) 2000-2002
- Tarif 1.B (Radio non commerciale autre que la SRC) 2000-2004
- Tarif 2.B (Office de la télécommunication éducative de l'Ontario) 2000-2004
- Tarif 2.C (Société de télédiffusion du Québec) 1998-2007

• • • ▸

- Tarif 3.A (Cabarets, cafés, clubs, etc. – Exécution en personne) 1999-2004
- Tarif 3.B (Cabarets, cafés, clubs, etc. – Musique enregistrée accompagnant un spectacle) 1999-2004
- Tarif 3.C (Clubs de divertissement pour adultes) 2000-2004
- Tarif 4.B.2 (Concerts de musique classique, licence annuelle pour orchestres) 2003-2007
- Tarif 5.A (Expositions et foires) 1999-2004
- Tarif 6 (Cinémas) 2004
- Tarif 7 (Patinoires) 1999-2004
- Tarif 10.A (Musiciens ambulants et musiciens de rue; musique enregistrée) 1999-2004
- Tarif 10.B (Fanfares; chars allégoriques avec musique) 1999-2004
- Tarif 11.A (Cirques, spectacles sur glace, etc.) 2000-2004
- Tarif 11.B (Spectacles d'humoristes et spectacles de magiciens) 2000-2004
- Tarif 12.A (Parcs thématiques, Ontario Place Corporation et établissements du même genre) 2000-2004
- Tarif 12.B (Paramount Canada's Wonderland et établissements du même genre) 1998-2003
- Tarif 13.A (Transports en commun – Avions) 1999-2004
- Tarif 13.B (Navires à passagers) 2000-2004
- Tarif 13.C (Trains, autobus et autres moyens de transport en commun) 2000-2004
- Tarif 14 (Exécution d'œuvres particulières) 2000-2004
- Tarif 15.A (Musique de fond) 1999-2004
- Tarif 15.B (Attente musicale au téléphone) 2000-2004
- Tarif 20 (Bars karaoké et établissements du même genre) 1998-2004
- Tarif 21 (Installations récréatives exploitées par une municipalité, une école, un collège, une université, une société agricole ou autres organisations communautaires du même genre) 2000-2004

La Commission a également homologué les tarifs 8 (Réceptions, congrès, etc.) pour les années 1999 à 2004 et 18 (Musique enregistrée utilisée à des fins de danse) pour les années 1998 à 2004, deux tarifs qui ont fait l'objet de discussions spécifiques dans cette affaire. Finalement, les questions suivantes ont été abordées : l'équité des redevances minimales, le fardeau des licences multiples et le rajustement des tarifs pour tenir compte de l'inflation.

Tarif 8 (Réceptions, congrès, etc.)

En vertu du dernier tarif homologué pour 1998, l'exploitant des lieux payait pour chaque réception, congrès ou assemblée ou pour chaque jour où se tient une présentation de mode, 28,75 $ pour un événement ne comportant pas de danse et 57,55 $ pour un événement en comportant. Ces taux, et la structure du tarif, étaient les mêmes depuis 1991.

Ce tarif a toujours fait l'objet de nombreuses plaintes ou oppositions voulant qu'il s'agisse d'un tarif très coûteux, qui ne varie pas en fonction de l'importance de l'événement et qui est lourd à administrer pour les utilisateurs. Au cours de la période sous examen, la SOCAN a fait plusieurs propositions pour tenter de répondre à ces préoccupations en allégeant les obligations administratives et en modifiant la structure du taux pour qu'elle varie avec le nombre de places par événement.

La Commission a conclu que les changements proposés par la SOCAN au tarif 8 prenaient en compte dans une large mesure les principaux arguments mis de l'avant par les différents opposants à ce tarif au cours des années. Par exemple, les modalités de paiement trimestriel proposées par la SOCAN devraient contribuer à diminuer le fardeau administratif du tarif.

La Commission a accepté également le point de vue des opposants selon lequel le tarif devrait varier en fonction de l'importance de l'événement. Le tarif homologué pour les années 2002 et 2003, qui comporte des baisses de taux pour les plus petites salles, est le suivant :

Nombre de places (debout et assises)	**Redevances exigibles par événement**	
	Sans danse	Avec danse
1 à 100	20,00 $	40,00 $
101 à 300	28,75 $	57,55 $
301 à 500	60,00 $	120,00 $
Plus de 500	85,00 $	170,00 $

Pour l'année 2004, la Commission a accordé à la SOCAN un rajustement des taux pour tenir compte de l'inflation, en vertu de la méthodologie décrite plus loin.

Tarif 18 (Musique enregistrée à des fins de danse)

La dernière homologation de ce tarif datait de 1997 et comportait les taux suivants pour une licence annuelle :

Établissements pouvant accueillir 100 clients ou moins

Mois d'opération	1 à 3 jours d'ouverture	4 à 7 jours d'ouverture
6 mois ou moins	184,44 $	258,25 $
Plus de 6 mois	258,25 $	372,13 $

Établissements pouvant accueillir plus de 100 clients

20 pour cent de plus que les redevances établies ci-dessus, par tranche de 20 clients additionnels

...

La SOCAN a soutenu de façon générale que le tarif était beaucoup trop faible et que cela devenait évident en comparaison au tarif 3.C qui vise les clubs de divertissement pour adultes. Un établissement d'une capacité de 200 personnes paie entre 2 184 $ et 3 066 $ en vertu du tarif 3.C. Un établissement de même capacité paie seulement 744 $ en vertu du tarif 18. La SOCAN a allégué que la hausse proposée atténuerait ces distorsions et n'aurait qu'un effet mitigé sur la situation financière des utilisateurs.

Les opposants au tarif, la CRFA et la HAC, ont soutenu que les hausses proposées étaient excessives, que l'impact sur la situation financière des utilisateurs était sous-estimé et que les redevances augmentaient trop vite en fonction de la grandeur des salles.

La Commission a accepté l'argumentation de la SOCAN sur la faiblesse du tarif 18 et a modifié le tarif afin qu'il reflète mieux la valeur de ce type d'utilisation de musique.

La Commission a accepté le point de vue des opposants selon lequel les augmentations du taux de base étaient trop rapides lorsqu'un établissement peut accueillir plus de 100 clients. La progression dans le tarif homologué pour 1997 accroissait le taux de 20 pour cent pour chaque tranche de 20 clients après les premiers 100 clients. La Commission a homologué une progression plus lente, qui augmente le taux de 10 pour cent pour chaque tranche de 20 clients après les premiers 100 clients.

La Commission s'est dite consciente du fait que le tarif qu'elle homologuait comportait un accroissement important, mais jugeait néanmoins que les taux qui en résultaient étaient justes et équitables et demeuraient à des niveaux raisonnables. Tel que proposé par la SOCAN, la Commission s'est dite d'accord pour échelonner la hausse des taux sur les cinq ans entre 1998 et 2002. Elle l'a fait en partageant l'accroissement de façon égale entre ces années. Les taux homologués pour 2002 et 2003 étaient les suivants (les taux pour 2004 étaient rajustés pour tenir compte de l'inflation) :

Pour les établissements de 100 clients ou moins

Mois d'opération	1 à 3 jours d'ouverture	4 à 7 jours d'ouverture
6 mois ou moins	260 $	520 $
Plus de 6 mois	520 $	1 040 $

Pour les établissements de plus de 100 clients

10 pour cent de plus que les redevances établies ci-dessus, par tranche de 20 clients additionnels

Les redevances minimales

Ce sont principalement les petites communautés rurales qui ont soulevé la question de l'équité des redevances minimales, ce qui a amené la SOCAN à préparer un rapport et proposer des options.

Après avoir examiné la preuve, la Commission s'est dite convaincue de l'importance de maintenir des redevances minimales. Une réduction trop forte, voire l'élimination des minimums, quoique favorisant nettement les petits utilisateurs, serait généralement inéquitable, même si, dans certains cas particuliers, il pourrait ne pas y avoir d'autres solutions. La Commission a accepté les arguments de la SOCAN voulant qu'une telle diminution, ou élimination, rende non rentable la perception des redevances auprès des petits utilisateurs et serait équivalente à la délivrance d'une licence gratuite. La Commission estimait qu'il est raisonnable que la redevance minimale permette à la SOCAN de récupérer une partie des coûts engendrés par la délivrance d'une licence. Les redevances minimales devraient cependant également être le reflet de la valeur intrinsèque de la musique et du répertoire de la SOCAN.

La Commission a tenu à réitérer l'importance d'assujettir les tarifs de la SOCAN à trois grands principes.

Les redevances minimales doivent faire preuve de *cohérence interne*, c'est-à-dire qu'elles doivent tenir compte de la structure entière des tarifs et des caractéristiques des utilisateurs auxquels ces tarifs s'appliquent. La redevance minimale devrait être ajustée pour que le nombre d'utilisateurs qui la paie ne soit proportionnellement ni trop grand, ni trop faible.

Les redevances minimales doivent tenir compte de la valeur intrinsèque de la musique pour les utilisateurs, de même que de l'existence des coûts administratifs de la SOCAN à délivrer une licence. On peut donc s'attendre à ce qu'il y ait une certaine *harmonisation horizontale* des redevances minimales entre les différents tarifs, surtout quand il s'agit d'utilisations semblables de la musique.

Finalement, dans le cas des tarifs où les licences par événement sont délivrées, une *licence annuelle* comportant également une redevance minimale devrait être disponible. Cette licence annuelle limiterait l'impact du maintien des redevances minimales sur les petits utilisateurs en leur permettant de cumuler les événements sur une base annuelle et d'avoir à payer ainsi un montant inférieur à ce qu'ils paieraient si le tarif était appliqué à chacun des événements. Cette licence devrait être formulée de telle sorte qu'elle ne soit disponible qu'aux petits utilisateurs.

Les licences multiples

Les participants ont soulevé l'argument selon lequel l'obligation de devoir payer les redevances au titre de plusieurs types de licences représente un fardeau trop lourd pour les utilisateurs; la Commission a conclu que la preuve au dossier démontrait qu'une minorité seulement d'utilisateurs doivent acquérir plus d'une licence et qu'ils ne font pas face à des problèmes importants. La Commission a toutefois fait des commentaires ou est intervenue dans les domaines suivants.

Premièrement, la Commission a reconnu que l'identification des licences nécessaires peut s'avérer complexe et a encouragé la SOCAN à poursuivre ses efforts pour aider les utilisateurs dans ce domaine.

* * *

Deuxièmement, en reconnaissance du chevauchement qui pourrait résulter de l'acquisition de plusieurs licences par un même utilisateur, la Commission s'est dite favorable à ce que les parties tentent d'arriver à proposer un nouveau tarif multifonctionnel pour plusieurs utilisations différentes de musique dans une même salle.

Troisièmement, la Commission a homologué les tarifs 8 (Réceptions, congrès, etc.) et 21 (Installations récréatives) en prenant en compte plusieurs des préoccupations des petits utilisateurs relativement aux licences multiples.

Rajustement des tarifs pour tenir compte de l'inflation

C'est en 1993 que la Commission se penchait pour la dernière fois sur la question du rajustement des tarifs fixes pour tenir compte de l'inflation. Elle y concluait alors que même si l'inflation n'est qu'un facteur parmi d'autres pour procéder au rajustement des tarifs, il est désirable de permettre que les montants fixes que contiennent les tarifs soient rajustés pour tenir compte de l'inflation.

La musique étant un intrant, la Commission indiquait en 1993 que les tarifs devaient suivre les prix des autres intrants dans l'économie. Conséquemment, l'indice des prix des produits industriels (IPPI) apparaissait comme le meilleur indice à utiliser pour procéder au rajustement des tarifs. Pour des raisons de commodité, la Commission choisissait toutefois d'utiliser le taux de croissance annuelle de l'indice des prix à la consommation (IPC) moins 2 pour cent, une formule facile à utiliser et dont les fluctuations calquaient celles de l'IPPI.

Cette fois-ci, la Commission a accepté l'argumentation de la SOCAN selon laquelle l'efficacité économique n'implique pas que les prix de tous les intrants doivent varier ensemble. L'efficacité économique dicte plutôt que le prix d'un bien varie avec son coût de production. Or, puisque l'IPC tient compte d'un panier plus large qui comprend les services, il constitue une meilleure approximation du «coût de production» des licences de la SOCAN que l'IPPI. Cependant, afin d'assurer un équilibre entre les utilisateurs de musique et les ayants droit, la Commission a procédé au rajustement des tarifs fixes en utilisant la variation moyenne annuelle de l'IPC moins 1 pour cent.

Tarif 1.C (SRC – Radio) de la SCGDV, 2003-2005

Le 2 avril 2002, la SCGDV a déposé son projet de tarif pour les années 2003 à 2007. Un des items du projet visait la radio de la Société Radio-Canada (SRC), qui s'est opposée au projet de tarif. La SCGDV et la SRC ont par la suite convenu pour les années 2003, 2004 et 2005, d'une redevance mensuelle de 80 000 $, identique à celle homologuée pour 1998 à 2002.

Prenant acte de l'entente, la Commission a homologué pour 2003 à 2005 un tarif identique (sauf pour quelques modifications mineures) au tarif homologué pour 1998 à 2002. Le projet de tarif de la SCGDV et l'opposition de la SRC sont maintenus pour les années 2006 et 2007.

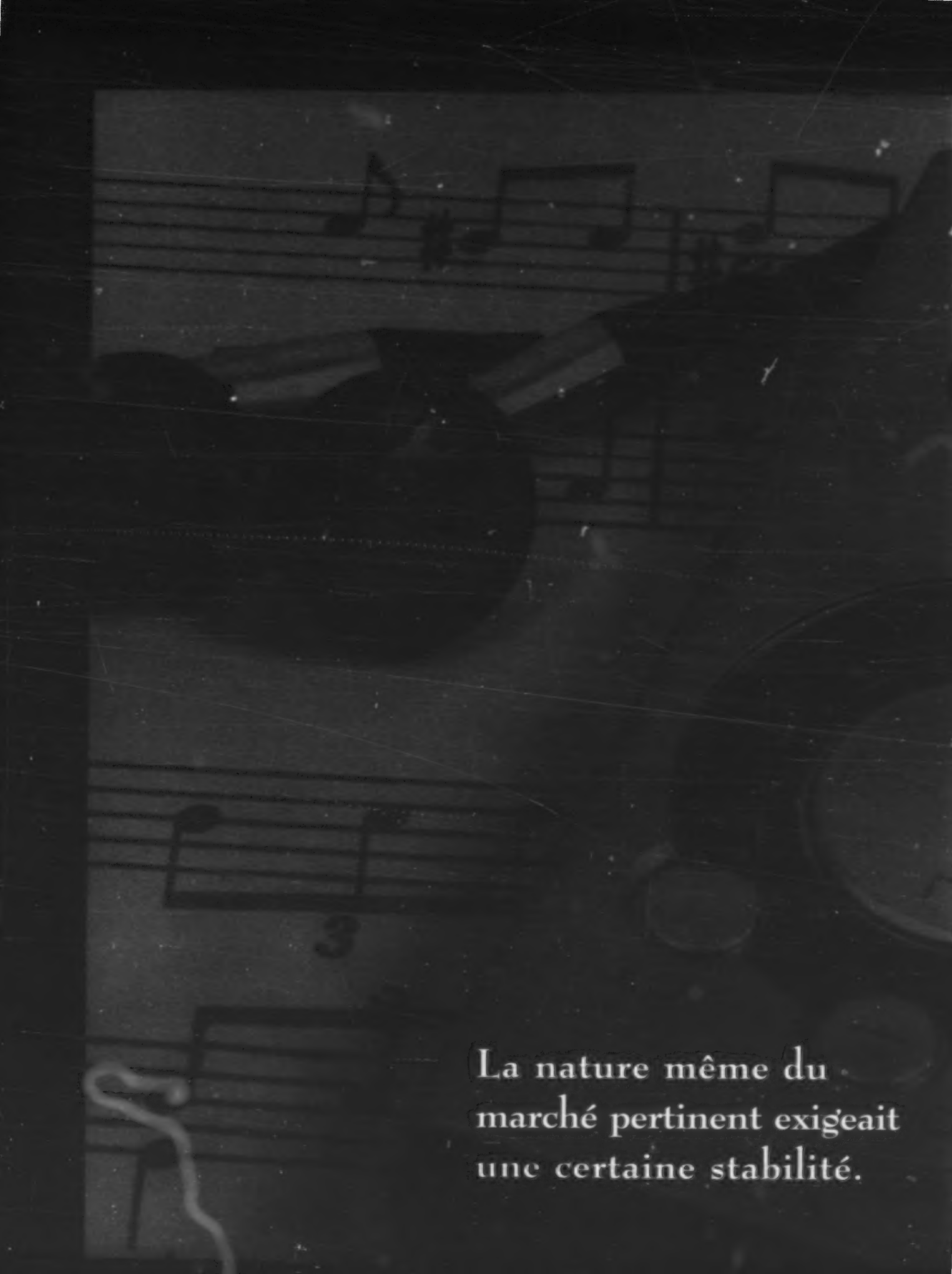
Tarif de la SOCAN-SCGDV pour les services sonores payants, 2003-2006

Pour les années 2003 et 2004, la SOCAN et la SCGDV ont déposé des projets de tarif distincts pour les services sonores payants. Ces services sont des services de musique numérique offerts aux abonnés des services de radiodiffusion directe par satellite ou par câble numérique. Bell ExpressVu, CBC/SRC (Galaxie), l'Association

canadienne de télévision par câble, Corus Entertainment Inc. (Max Trax) et Star Choice Communications Inc. se sont opposées aux projets de tarifs. De plus, DMX Music Inc. s'est opposée au projet de tarif de la SCGDV pour 2004.

Pour les années 2005 et 2006, la SOCAN et la SCGDV ont déposé un projet de tarif conjoint. Elles proposaient respectivement des taux de 12,35 et 5,85 pour cent des paiements d'affiliation. Ces taux correspondaient à ce que la Commission aurait homologué pour 1997 à 2002 si elle n'avait pas appliqué un escompte de 10 pour cent parce qu'il s'agissait d'un nouveau tarif. Les taux proposés pour les petits systèmes étaient réduits de moitié par rapport aux taux principaux. Personne ne s'est opposé au projet de tarif.

Le 26 janvier 2004, après que la Cour d'appel fédérale ait rejeté une demande de la SCGDV de révision judiciaire du tarif de 1997-2002 pour les services sonores payants, la SCGDV informait la Commission de la conclusion d'une entente avec la SOCAN et tous les opposants. Ces derniers ont tous par la suite retiré leurs oppositions à la condition que le tarif homologué pour 2003 à 2006 soit le même que celui proposé pour 2005 et 2006. Le tarif que la Commission a homologué pour la période 2003 à 2006 reflète cette entente.



La nature même du marché pertinent exigeait une certaine stabilité.

Retransmission de signaux éloignés

Arrière-plan

La *Loi* prévoit le versement de redevances par les câblodistributeurs et autres retransmetteurs pour la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio. La Commission fixe le montant de ces redevances et les répartit entre les sociétés de gestion représentant les titulaires de droits d'auteur dans les œuvres ainsi retransmises.

En 2004-2005, aucune audience n'a eu lieu ni aucune décision rendue.

Copie pour usage privé

Arrière-plan

Le régime de copie privée permet la copie pour usage privé d'enregistrements sonores d'œuvres musicales (la «copie privée»). En échange, on exige de ceux qui importent ou fabriquent des supports habituellement utilisés pour faire de la copie privée qu'ils versent une redevance sur chacun de ces supports. La Commission fixe le montant de la redevance et désigne l'unique société de perception à laquelle ces montants sont versés. Les redevances sont versées à la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP), au bénéfice des auteurs, artistes-interprètes et producteurs éligibles.

Le régime est universel; tous les importateurs et fabricants paient la redevance. Cependant, pour tenir compte du fait que plusieurs supports servent à autre chose que la copie privée, la redevance est diminuée proportionnellement pour refléter ces autres utilisations des supports.

Décision de la Commission

Le 5 mars 2004, la SCPCP a déposé son projet de tarif pour 2005. Quatre associations et sociétés, dont un groupe de détaillants de supports audio vierges, se sont opposées au projet.

La SCPCP a demandé par la suite le traitement accéléré du dossier. Les détaillants se sont opposés à cette requête et ont demandé que la Commission adopte pour l'année 2005 un tarif provisoire inférieur d'au moins 25 pour cent au tarif homologué pour 2003-2004. La SCPCP et les autres opposants étant d'accord, la Commission a, dans sa décision du 14 décembre 2004, prolongé de façon indéfinie et à titre provisoire, l'application du *Tarif pour la copie privée, 2003-2004*. La Commission a conclu que les prétentions des détaillants au soutien d'un tarif provisoire inférieur étaient sans fondement. La nature même du marché pertinent exigeait une certaine stabilité.

Droits éducatifs

Arrière-plan

Les articles 29.6, 29.7 et 29.9 de la *Loi* sont entrés en vigueur le 1er janvier 1999. Depuis cette date, les établissements d'enseignement et les personnes agissant sous leur autorité peuvent, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, reproduire des émissions lors de leur communication au public et présenter ces exemplaires devant un auditoire formé principalement d'élèves. En bref, les établissements peuvent reproduire une émission d'actualités et un commentaire d'actualités, conserver la copie et l'exécuter en public pendant un an sans avoir à payer de redevances; à l'expiration de cette période, ils doivent acquitter les redevances et respecter les modalités fixées par la Commission du droit d'auteur dans un tarif. Les établissements peuvent aussi reproduire d'autres émissions et objets de droit d'auteur et en conserver un exemplaire pendant trente jours aux fins d'en déterminer la valeur du point de vue pédagogique; s'ils conservent l'exemplaire plus longtemps ou s'ils le présentent à un moment quelconque, ils doivent acquitter les redevances et respecter les modalités fixées par la Commission dans un tarif.

Décision de la Commission

Le 27 mars 2002, la Société canadienne de gestion des droits éducatifs (SCGDE) a déposé son projet de tarif des redevances à percevoir des établissements d'enseignement pour les années 2003 à 2006.

Le projet de tarif comportait des taux plus élevés que ceux homologués pour 1999-2002. Il a fait l'objet d'oppositions de la part de l'Association des collèges communautaires du Canada, de l'Association des universités et collèges du Canada, de l'Association canadienne des commissions/conseils scolaires et du Conseil des ministres de l'éducation du Canada.

Le 18 décembre 2002, la Commission avait prolongé sur une base provisoire l'application du tarif qui avait été homologué pour 1999 à 2002, avec des modifications mineures aux obligations de rapport. Le 20 septembre 2004, la SCGDE a informé la Commission qu'elle avait conclu une entente avec les opposants, qui subséquemment ont retiré leurs oppositions. Le 14 janvier 2005, la Commission a homologué pour la période 2003 à 2006 un tarif identique au tarif provisoire.

Veille médiatique

Arrière-plan

Les articles 70.12 à 70.191 de la *Loi* accordent aux sociétés de gestion qui ne sont pas assujetties à un régime spécifique l'option de procéder par dépôt de projets de tarifs auprès de la Commission. Le processus d'examen et d'homologation d'un tel tarif est le même que dans les régimes spécifiques. Le tarif homologué est opposable à tous les utilisateurs, sauf que contrairement aux régimes spécifiques, les ententes conclues en vertu de ce régime général ont préséance sur le tarif.

Audience

En 2004-2005, une audience a été tenue portant sur la veille médiatique.

Décision de la Commission

Le 26 mars 2005, la Commission rendait la décision suivante.

Les radiodiffuseurs contrôlent le droit de reproduire leurs émissions et de fixer leurs signaux de communication. Une entreprise de veille médiatique surveille systématiquement les médias dans le but de fournir à ses clients l'information qui les intéresse. Pour ce faire, elle reproduit les émissions de radio et de télévision et fixe les signaux de communication qui les transportent. Dans les deux cas, elle doit obtenir une licence.

L'Agence des droits des radiodiffuseurs canadiens (CBRA) est l'agent exclusif, pour le marché de la veille médiatique, de la vaste majorité des radiodiffuseurs et télédiffuseurs privés canadiens. À ce titre, elle est régie par les articles 70.1 à 70.6 de la *Loi*. Elle peut soit négocier des ententes individuelles, soit faire homologuer un tarif s'appliquant à tous les utilisateurs qui n'ont pas conclu d'entente avec elle. Elle a choisi de faire les deux.

La CBRA a d'abord déposé deux séries de projets de tarif. La première visait les entreprises de veille médiatique, la seconde les institutions provinciales et fédérales qui effectuent leur propre veille médiatique. Elle a ensuite conclu des ententes avec dix entreprises détenant au moins 95 pour cent du marché canadien, de même qu'avec certains gouvernements provinciaux. Ceux qui avaient déposé des oppositions les ont mises en veilleuse. Seule la CBRA a participé à l'audience d'une journée tenue sur cette affaire. La décision traite séparément des entreprises de veille médiatique et des institutions qui effectuent leur propre veille.

Les projets de tarifs initiaux étaient fondés sur certaines hypothèses concernant la façon de faire des entreprises, hypothèses dont plusieurs se sont révélées non fondées. Les modalités des licences que la CBRA avait accordées différaient donc nettement du projet de tarif initial et répondaient davantage aux besoins du marché. La CBRA demandait que le tarif homologué reflète ces changements importants.

La Commission a souligné le caractère inhabituel de la situation qu'elle était appelée à examiner. La CBRA s'était entendue avec pratiquement l'ensemble du marché concerné. Personne ne contestait les modalités du nouveau projet de tarif. Il a incombé à la Commission de soulever plusieurs des questions qui sont examinées dans les motifs, dont certaines pour consultation future. Néanmoins, la Commission a gardé l'impression qu'elle homologuait un tarif fondé sur une compréhension des pratiques commerciales et des besoins des entreprises qu'elle ne jugeait pas pleinement satisfaisante.

• • • ▸

Entreprises de veille médiatique

Deux questions juridiques ont d'abord retenu l'attention de la Commission.

La première découlait du fait que le nouveau projet de tarif était sans doute plus exigeant pour certains que le projet de tarif initial. La Commission s'est demandée si le principe de l'*ultra petita* devait s'appliquer dans les circonstances. Ce principe veut que le décideur ne puisse accorder plus que ce qui a été demandé. La Commission a toujours considéré qu'il était possible d'établir des tarifs plus élevés si cela pouvait se faire équitablement. Il existe des motifs convaincants de ne pas appliquer le principe de l'*ultra petita* aux instances introduites devant la Commission. La Commission a le pouvoir d'homologuer des tarifs. Appliquer ce principe irait à l'encontre de ce pouvoir. Ce principe soulève aussi de sérieuses difficultés pour l'établissement de modalités tarifaires. Dans une large mesure, la formule tarifaire retenue dicte les modalités appropriées. Adhérer au principe dans la présente instance aurait entraîné l'homologation d'un tarif sans relation avec les pratiques d'affaires des entreprises de veille. La Commission a noté que dans une décision rendue le 14 décembre 2004 et qui est résumée ailleurs dans le présent rapport, la Cour d'appel fédérale avait semblé souscrire à l'analyse qui précède.

Par ailleurs, peu de temps avant l'audience sur la présente affaire, la Cour suprême du Canada avait émis une décision dans l'affaire *CCH Canadian Ltd. c. Société du Barreau du Haut-Canada* [2004 CSC 13]. La décision comporte deux conclusions en ce qui a trait à la notion d'utilisation équitable qui pourraient s'avérer pertinentes quant à certains tarifs. La première veut que la recherche effectuée pour réaliser des profits peut constituer une utilisation équitable et la deuxième, que la personne qui facilite l'utilisation équitable d'une autre personne peut avoir droit à la même protection que cette dernière. Ces conclusions laissent entrevoir la possibilité que certaines activités exercées par les entreprises de veille puissent ne pas constituer des utilisations à l'égard desquelles elles devraient obtenir une licence. La Commission n'a pas trouvé utile de tenter de régler cette question dans le cadre de la présente instance.

Pour ce qui est du taux, la CBRA visait au départ des redevances égales à 25 pour cent du revenu d'une entreprise de veille pour la reproduction des émissions et autant pour la fixation des signaux. On s'est finalement entendu sur un taux de 9 pour cent. Compte tenu du dossier de l'instance et de la preuve concernant les pratiques étrangères, la Commission a estimé que le taux était équitable.

Personne ne s'était opposé aux dispositions du nouveau projet de tarif. La Commission s'est néanmoins penchée sur certaines d'entre elles.

Par exemple, la Commission a expliqué les motifs qui l'avaient amenée à prévoir l'inclusion dans l'assiette tarifaire des revenus tirés grâce à l'utilisation indirecte du répertoire de la CBRA. Une entreprise de veille ne peut préparer un sommaire, effectuer une recherche ou donner accès à une base de données d'extraits si elle n'a pas reproduit les émissions d'un radiodiffuseur et fixé ses signaux. Il est donc logique d'inclure les revenus provenant de ces activités dans l'assiette tarifaire.

La Commission a aussi veillé à ce que le tarif homologué n'entraîne pas de sous-délégation illégale du pouvoir discrétionnaire dont elle dispose. Par exemple, elle a permis qu'un radiodiffuseur impose un embargo sur des œuvres faisant partie du répertoire; cette demande,

bien que problématique, s'appuyait sur des raisons éminemment pratiques. Par contre, la Commission n'a pas voulu accorder à la CBRA le pouvoir discrétionnaire d'ajouter aux exigences de rapport imposées aux utilisateurs.

La Commission a accepté que dans une certaine mesure, les ententes conclues fournissaient à la Commission un point de repère dont elle pouvait se servir pour fixer un tarif. Cela dit, compte tenu entre autres de la concentration dans ce marché, le tarif ne constituait pas tant la norme qu'un cadre qui s'applique par défaut lorsque la CBRA et une entreprise de veille ne parviennent pas à s'entendre. Dans ces circonstances, les différences entre le tarif et les licences devraient être examinées soigneusement, le doute devant généralement jouer en faveur des utilisateurs. La façon dont une entreprise de veille est informée des modifications apportées à la liste des membres de la CBRA est un bel exemple. Une telle liste est annexée à chaque licence. Le projet de tarif était muet sur cette question. La Commission a finalement exigé que la CBRA fournisse de temps à autre une liste à jour ou affiche et tienne à jour une telle liste sur un site Web.

La CBRA voulait aussi qu'on exige des entreprises qu'elles fournissent une liste de leurs clients une fois par année. Malgré certaines réserves, la Commission a conclu que cette demande était raisonnable. Même s'ils ne sont pas nécessaires aux fins de répartition, ces renseignements permettront de mieux comprendre le marché au sein duquel le répertoire est utilisé. Cela dit, les préoccupations exprimées quant à la confidentialité n'étaient pas dépourvues de fondement. Les listes de clients constituent souvent des renseignements hautement sensibles et précieux. Le tarif empêche donc que ces renseignements puissent servir à des fins autres que celles auxquelles ils ont été fournis.

La CBRA demandait enfin que les paiements tardifs portent intérêt à un taux différent de celui que prévoient habituellement les tarifs de la Commission. La Commission a conclu qu'il ne serait pas approprié d'adopter la clause d'intérêt proposée sans une justification plus poussée. La question pourrait faire l'objet d'un débat plus large, dans le cadre d'une autre instance qui permettrait d'entendre le point de vue d'autres parties intéressées.

Notons que le tarif prévoit des exigences de rapport moins lourdes pour les entreprises de veille dont les revenus annuels ne dépassent pas 100 000 $.

Services non commerciaux de veille médiatique

Certaines institutions publiques impartissent leur veille médiatique; d'autres l'effectuent elles-mêmes. Au moment de l'audience, la CBRA avait conclu des ententes avec trois gouvernements provinciaux et une entente de principe avec une partie du gouvernement canadien.

Le projet de tarif prêtait quelque peu à confusion dans sa définition de «service de veille». Il visait les ministères, organismes et sociétés d'État des deux paliers du gouvernement, le Parlement du Canada et les assemblées législatives, les partis et organisations politiques fédéraux et provinciaux. Le tarif homologué s'applique aux membres du Parlement du Canada et des assemblées législatives et aux partis enregistrés. Il n'était pas nécessaire de faire mention des partis représentés ou des bureaux de circonscription des députés du Parlement du Canada ou des membres d'assemblées législatives. La Commission a par ailleurs refusé d'étendre l'application du tarif à des entités aussi vaguement définies que les organisations politiques. La CBRA n'a pas demandé de tarif visant les municipalités, les sociétés privées, les associations à but non lucratif ou les organismes de charité.

• • •

Le tarif non commercial ressemble le plus possible au tarif commercial. Les principales différences concernent l'assiette tarifaire, le but de la veille et l'adaptation des modalités à la situation particulière des services non commerciaux. Lorsque la CBRA n'a pas réussi à convaincre la Commission de la pertinence d'une différence, aucune distinction n'a été faite. Des différences devaient par ailleurs être établies entre le tarif et les licences. Ainsi, il est possible de clarifier dans une licence la définition de l'assiette tarifaire ou la détermination des autorisations permises, ce qui n'est pas le cas pour un tarif qui s'appliquera à des situations qu'on ne peut entièrement prévoir. Une section a été ajoutée, qui prévoit des règles spéciales applicables aux services à faibles dépenses de veille, correspondant aux règles prévues dans le tarif commercial.

Faisant suite à l'entente de principe qu'elle a conclue avec le procureur général du Canada, la CBRA a proposé une autre série de dispositions visant les institutions ou les groupes d'institutions possédant plus de 15 bureaux de veille décentralisés et générant des redevances de moins de 100 000 $ par année. L'ajout de cette option aurait compliqué indûment le texte du tarif. Le tarif homologué n'offre pas cette option additionnelle.

Le tarif commercial entre en vigueur le 1er janvier 2000. Le tarif non commercial entre en vigueur le 1er janvier 2001. Il s'agit des dates de prise d'effet des projets de tarifs. Sur la base des renseignements qui lui avaient été fournis, la Commission a estimé que les ententes et le tarif commercial généreraient environ trois-quarts de million de dollars de redevances annuelles, alors que les ententes et le tarif pour les services non commerciaux de veille médiatique généreraient des entrées de fonds annuelles d'un peu plus de cent mille dollars.

La décision souligne que tout au long de ce processus, la CBRA s'est montrée disposée à prêter l'oreille aux préoccupations des utilisateurs et à répondre consciencieusement aux nombreuses questions de la Commission. Elle souligne également l'empressement dont a fait preuve le procureur général du Canada pour recueillir et fournir des renseignements qui ont permis de mieux comprendre la façon dont se pratique la veille médiatique au sein du gouvernement fédéral.

Procédures d'arbitrage

En vertu de l'article 70.2 de la *Loi*, la Commission a le pouvoir d'établir les droits et modalités afférentes à un régime d'octroi de licences administré par une société de gestion agissant pour le compte des titulaires de droits d'auteur, en cas de mésentente entre cette société et un utilisateur et à la demande de l'un d'eux.

En 2004-2005, une demande d'arbitrage a été déposée auprès de la Commission par la société de gestion *Access Copyright*.

Le 31 mars 2004, *Access Copyright* déposait un premier projet de tarif pour la reproduction par reprographie d'œuvres faisant partie de son répertoire aux fins de l'enseignement à l'élémentaire et au secondaire. Le projet, qui ne vise pas le Québec, porte sur les années 2005 à 2009. Il a été publié dans la *Gazette du Canada* le 24 avril 2004. Une coalition composée de ministres de l'éducation et de commissions scolaires ontariennes s'est opposée au projet de tarif, qui doit faire l'objet d'audience devant la Commission en janvier 2007.

La licence pan-canadienne qui était en place au moment du dépôt du projet de tarif venait à échéance le 31 août 2004. Le 13 juillet 2004, *Access Copyright* déposait une demande visant à établir des modalités d'une licence pour la période allant du 1er septembre au 31 décembre 2004. Elle demandait par ailleurs l'émission d'une décision provisoire s'appliquant du 1er septembre 2004 jusqu'à l'homologation du tarif.

Le 27 août 2004, *Access Copyright* faisait parvenir à la Commission copie d'une entente établissant les modalités d'une licence provisoire pour la période pertinente et retirait sa demande de décision provisoire. La demande de licence permanente et la demande de tarif sont maintenues et feront l'objet de décisions ultérieures.

Titulaires de droits d'auteur introuvables

L'article 77 de la *Loi* donne à la Commission le pouvoir de délivrer des licences pour autoriser l'utilisation d'œuvres publiées, de fixations de prestations, d'enregistrements sonores publiés ou de la fixation d'un signal de communication lorsque le titulaire du droit d'auteur est introuvable. La *Loi* exige cependant des demandeurs de licences qu'ils aient fait des efforts raisonnables pour retracer le titulaire du droit d'auteur. Les licences délivrées par la Commission sont non exclusives et valides seulement au Canada.

Depuis sa création en 1989, la Commission a délivré 150 licences. Au cours de l'exercice financier 2004-2005, 38 demandes de licences ont été déposées auprès de la Commission et 16 licences ont été accordées, comme suit :

- *Don-Pedro Payne,* Ottawa (Ontario), pour la reproduction des plans architecturaux créés par Concept Gennic Inc. – Building & Design Technology pour la propriété sise au 91-93, avenue Arlington à Ottawa.
- *Deerpark Management Limited,* Ottawa (Ontario), pour la reproduction des plans architecturaux créés par Peter Pivcko pour la propriété sise au 99, avenue Holland à Ottawa.
- *D^r Paul Jackson,* Montréal (Québec), pour la reproduction dans un livre d'une caricature produite par Stewart Cameron et publiée en 1943 dans son livre intitulé *Basic training daze: candid cartoons of you and me in the army* (éditeur inconnu).
- *Aaron Burnett,* Winnipeg (Manitoba), pour la reproduction mécanique des paroles de la chanson *A Leaf Fan's Dream* écrite par Doug Moore (éditeur inconnu), publiée en 1961 comme disque simple et en 1996 sur l'album *Early Canadian Rockers, Vol. 3,* Collector Records, Hollande.
- *Richard Brant,* Ottawa (Ontario), pour la reproduction des plans architecturaux créés en 1952 par James Moor and Sons Ltd. pour la propriété sise au 126-128, chemin Baseline à Ottawa.
- *Morrison Hershfield Limited,* Ottawa (Ontario), pour la reproduction des plans architecturaux produits par McDonald Developments, Roy Allen & Associates et J.G. Knowlton Ltd. pour la propriété sise au 2716, chemin Richmond à Ottawa.
- *Eric Charron,* Ottawa (Ontario), pour la reproduction des plans architecturaux créés par «Tracey» le 12 février 1990 pour l'ajout des deux étages à la propriété sise au 27, rue Monk à Ottawa.
- *Sarah Houriham,* Ottawa (Ontario), pour la reproduction des plans architecturaux créés par Maclean and Associates en 1990 pour la propriété sise au 522, Mariposa Crescent (Rockcliffe) à Ottawa.
- *Anne Marie Barter et Randy Sauvé,* Ottawa (Ontario), pour la reproduction des plans architecturaux créés par Campeau Homes en 1976 pour la propriété sise au 166, rue Bourbon à Ottawa.
- *Summit REIT Property Management Ltd.,* Calgary (Alberta), pour la reproduction des plans architecturaux créés en 1975 par K. Robert Trueman, architecte, pour la propriété sise au 3501, 54th Avenue SE à Calgary.
- *Maloney Property Management Inc.,* Ottawa (Ontario), pour la reproduction des plans mécaniques et électriques créés par J. G. Knowlton Ltd. pour la propriété sise au 250, place Rideau à Ottawa.

- *Alastair Gale Inc. Architect and Planning Consultant,* Ottawa (Ontario), pour la reproduction des plans architecturaux créés par J. Morris Woolfson, architecte, pour la propriété sise au 218, chemin Maclaren à Ottawa.
- *CRESA Partners,* Calgary (Alberta), pour la reproduction des plans électriques et mécaniques créés par Hrudko Bustos Engineering de Calgary pour la propriété sise au 2905, 12th Street NE à Calgary.
- *Controlex Corporation,* Ottawa (Ontario), pour la reproduction des plans architecturaux commandés par Macdonald Developments en 1990 pour la propriété sise au 4025, chemin Innes à Ottawa.
- *Trigenex inc.,* Ste-Julie (Québec), pour la reproduction des plans architecturaux créés en 1977 par Angelo A. Kolenc pour la propriété sise au 33, chemin Banner à Ottawa.
- *Robin Langdon,* producteur de disques de Toronto (Ontario), pour la reproduction mécanique sur disque compact de cinq œuvres musicales (auteurs et éditeurs inconnus).

De plus, la Commission a rendu trois décisions rejetant des demandes de licence. Pour deux d'entre elles, il y avait absence complète de preuve de publication des œuvres : celle déposée par le Centre canadien d'architecture de Montréal visait à reproduire et présenter au public, dans le cadre d'une exposition intitulée *Les années 00 : Montréal voit grand,* trois photographies prises en 1955, 1957 et 1967 versées aux Archives nationales du Canada. Ni la requérante ni les Archives nationales du Canada ont été en mesure de fournir quelque indice de publication que ce soit. L'autre demande, déposée par le Cabinet du Lieutenant-gouverneur du Québec, visait à reproduire dans un livre sur l'histoire des lieutenants-gouverneurs du Québec, une photographie prise lors de l'ouverture de la session de novembre 1959 au Conseil législatif. Le nom du photographe était inconnu et la requérante n'a pas été en mesure de fournir quelque indice de publication que ce soit.

En ce qui a trait à la demande déposée par Madame Dominique Marquis de Montréal, cette dernière cherchait à reproduire des «unes» et des extraits d'articles parus dans *L'Action catholique* entre 1910 et 1938. En se fondant sur la preuve versée au dossier, la Commission a conclu que l'identité des auteurs de ce que la requérante désirait reproduire n'était pas connue. La Commission a jugé que les œuvres étaient donc des œuvres anonymes publiées il y a plus de cinquante ans; par conséquent, il ne faisait aucun doute, comme le prévoit l'alinéa 6.1a) de la *Loi sur le droit d'auteur,* que les œuvres étaient du domaine public.

Tarif 22 de la SOCAN (Musique sur l'Internet)

Le 27 octobre 1999, la Commission rendait une première décision sur le projet de tarif 22 de la SOCAN concernant la communication au public d'œuvres musicales sur Internet. Le 1er mai 2002, la Cour d'appel fédérale faisait droit en partie à une requête de la SOCAN en révision judiciaire de cette décision. La Cour suprême du Canada accordait la permission d'en appeler de cette décision le 27 mars 2003. Le 30 juin 2004, la Cour renversait pour partie la décision de la Cour d'appel.

La décision en arrive à plusieurs conclusions qui seront autant d'importantes balises lorsque viendra le temps pour la Commission d'établir certains tarifs. Ces conclusions semblent fondées sur deux principes de base. La Cour a d'abord rappelé que dans ses décisions les plus récentes, elle avait cherché à établir un équilibre entre la promotion de la création et de la diffusion des œuvres et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur. La Cour a ensuite ajouté que le recours à l'Internet doit être facilité, et non découragé, mais pas de manière injuste, au détriment des auteurs d'œuvres artistiques et intellectuelles.

Les conclusions pertinentes peuvent se résumer comme suit.

Premièrement, il y a communication par télécommunication lors de la transmission de l'œuvre musicale du serveur hôte à l'utilisateur final.

Deuxièmement, c'est le fournisseur de contenu qui est à l'origine de la télécommunication. Il faut prendre chaque transmission isolément afin de décider si, en l'occurrence, un intermédiaire est un simple agent ou s'il agit à un autre titre. D'une façon générale, cependant, seule la personne qui rend disponible une œuvre musicale communique celle-ci.

Troisièmement, la communication Internet qui franchit une ou plusieurs frontières nationales se produit à tout le moins dans le pays de transmission et dans le pays de réception. Il y a violation du droit d'auteur au Canada lorsqu'il existe un lien réel et important entre notre pays et la communication en cause. L'analyse de la jurisprudence canadienne et des législations européenne, américaine, australienne et française sur le sujet permet de conclure qu'il est loisible au Parlement de réglementer une communication dès lors qu'elle présente un lien réel et important avec le Canada. Qui plus est, l'intention du législateur canadien était d'exercer sa compétence de façon à contraindre au versement de redevances tout participant à une communication ayant un tel lien avec le Canada. En ce qui concerne l'Internet, le facteur de rattachement pertinent est le *situs* du fournisseur de contenu, du serveur hôte, des intermédiaires et de l'utilisateur final. L'importance à accorder au *situs* de l'un d'eux en particulier varie selon les circonstances de l'affaire et la nature du litige.

Quatrièmement, l'alinéa 2.4(1)*b)* de la *Loi*, lorsqu'il énonce que le participant à une télécommunication qui ne fait que fournir les moyens de télécommunication nécessaires n'est pas réputé en être l'auteur, ne constitue pas une simple exception à la violation du droit d'auteur; il s'agit plutôt d'un élément important de l'équilibre établi par le régime législatif. Est nécessaire ce qui est raisonnablement utile et approprié pour l'obtention des avantages que sont une économie et une efficacité accrues. L'intermédiaire Internet qui ne se livre pas à une activité touchant au contenu de la communication, dont la participation n'a aucune incidence sur celui-ci et qui se contente d'être «un agent» permettant à autrui de communiquer bénéficie de l'application de l'alinéa 2.4(1)*b)*. La personne qui rend l'œuvre disponible pour communication n'est pas le fournisseur du serveur hôte, mais

le fournisseur de contenu. Cela dit, un fournisseur de services peut jouer de nombreux rôles. Les fonctions supplémentaires peuvent engager la responsabilité au regard du droit d'auteur. La protection prévue à l'alinéa 2.4(1)*b)* s'applique uniquement à une fonction protégée.

La Cour a ainsi conclu que la mise en antémémoire dans le but d'améliorer l'efficacité des communications Internet et d'en réduire les coûts est un moyen «nécessaire» au sens de l'alinéa 2.4(1)*b)*. Les moyens «nécessaires» sont ceux qui n'ont aucune incidence sur le contenu et qui s'imposent pour maximiser les économies et la rentabilité. Le législateur a décidé qu'il est dans l'intérêt du public d'encourager les intermédiaires, qui rendent les télécommunications possibles, à étendre et à développer leurs activités sans s'exposer au risque de violer le droit d'auteur. Imputer aux intermédiaires une responsabilité en la matière freinerait manifestement cette croissance et ce développement, lesquels ont permis la création de l'antémémoire. Cette interprétation assure la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles sans dépouiller le titulaire de ses droits légitimes. L'antémémoire n'a aucune incidence sur le contenu et ne devrait avoir aucun effet juridique sur la communication intervenant entre le fournisseur de contenu et l'utilisateur final.

Cinquièmement, lorsque l'utilisateur final a accès à une quantité phénoménale de données non protégées par le droit d'auteur, on ne peut dire du fournisseur de services, du simple fait qu'il fournit l'accès à l'Internet, qu'il autorise le téléchargement de fichiers protégés par le droit d'auteur par opposition à des fichiers non protégés. Le fournisseur de services pourrait toutefois violer le droit d'auteur s'il savait qu'un fournisseur de contenu rend du matériel illicite disponible grâce à son système et ne prenait pas de mesures pour y remédier. Cela dit, conclure hâtivement à une «autorisation» placerait le fournisseur de services Internet dans une situation difficile. Il devrait alors déterminer si l'allégation de violation du droit d'auteur est fondée et décider soit de contester l'action pour violation du droit d'auteur, soit de manquer éventuellement à ses obligations contractuelles envers le fournisseur de contenu. La meilleure solution serait que le législateur adopte une procédure «d'avis et de retrait» à l'instar de la Communauté européenne et des États-Unis.

Pour sa part, le juge LeBel aurait confirmé la décision de la Commission selon laquelle une communication Internet a lieu au Canada lorsqu'elle provient d'un serveur situé au pays. Les intéressés doivent savoir avec un certain degré de certitude s'ils se verront reprocher ou non au Canada la communication d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Le critère énoncé par la Commission est valable sur le plan pratique, tout en offrant la prévisibilité voulue. Il demeure le plus compatible avec la portée et l'objet de la *Loi* et est conforme au principe de territorialité du droit d'auteur international. Il s'agit d'une règle simple et logique, facile à appliquer lorsque la Commission établit un tarif, qu'un tribunal instruit une action pour violation du droit d'auteur ou qu'un avocat conseille son client.

Par contre, le critère du lien réel et important sert avant tout à déterminer la reconnaissance et l'exécution réciproques de jugements d'autres provinces et étrangers. Ce n'est pas un principe de compétence législative; il s'applique uniquement aux tribunaux. Il cadre mal avec le principe de territorialité parce qu'il peut assujettir à la *Loi* un fournisseur de contenu se trouvant à Bangalore qui rend disponible un contenu sur un serveur situé à Hong Kong, pour le seul motif que l'œuvre protégée par le droit d'auteur est extraite par un utilisateur final au Canada. Son application menace la vie privée, en favorisant le contrôle des activités

...

individuelles de téléchargement et de navigation. Le droit au respect de la vie privée sera directement touché lorsqu'un titulaire de droits tentera d'obtenir d'un fournisseur de services Internet des renseignements sur les œuvres téléchargées illicitement par un utilisateur final. Il faut hésiter à adopter un critère susceptible d'encourager un tel contrôle.

[*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet, [2004] 2 R.C.S. 427, 2004 CSC 45*]

Copie pour usage privé

La décision de la Commission du 12 décembre 2003 homologuant le *Tarif pour la copie privée, 2003-2004* a fait l'objet de trois demandes de révision judiciaire. La Cour d'appel fédérale les a entendues les 12 et 13 octobre 2004. Le 14 décembre 2004, la Cour faisait droit pour partie à l'une de ces demandes.

Les demandes soulevaient quatre questions. Le régime de copie privée est-il constitutionnel? La Commission pouvait-elle statuer que le programme d'exonération de la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP) n'avait pas de fondement juridique? La Commission avait-elle le pouvoir d'appliquer une redevance à la mémoire incorporée à un enregistreur audionumérique? Pouvait-elle établir des taux plus élevés que ce que la SCPCP avait demandé?

Constitutionnalité du régime

Un groupe de détaillants soutenait que le régime de copie privée ne relève pas du droit d'auteur, que la redevance est une taxe et que le régime est excessivement large et vague et qu'il n'est pas suffisamment lié au droit d'auteur. La Cour s'est dite en désaccord.

Le régime de copie privée est par essence du droit d'auteur. L'élément essentiel de la compétence fédérale en matière de droit d'auteur consiste en la création d'un cadre juridique permettant aux titulaires de droits de toucher une rémunération pour la reproduction, par des tiers, d'enregistrements sonores d'œuvres musicales. Le régime crée ce cadre juridique. Il légalise la copie pour usage privé en accordant une rémunération aux titulaires de droits. Il arrive que le prix à payer soit assumé en partie par des personnes qui ne s'adonnent pas à la copie privée. Néanmoins, chaque aspect du régime est étroitement lié à l'objectif du législateur visant à indemniser les titulaires de droits.

La redevance n'est pas une taxe, mais une charge obligatoire imposée conformément à un régime de réglementation. Un prélèvement est habituellement considéré comme une taxe s'il est (1) exigible en vertu de la loi, (2) imposé sous l'autorité du Parlement, (3) perçu par un organisme public (4) destiné à une fin d'intérêt public. Par ailleurs, s'il y a un rapport entre la somme exigée et le coût du service fourni, ou encore si la redevance se rattache à ce point à un régime réglementaire que le fait de la considérer comme une taxe priverait de son efficacité le fédéralisme, la redevance n'est pas une taxe mais un droit.

La Commission avait conclu qu'elle n'impose pas elle-même les redevances puisqu'elle ne peut ni mettre en branle le processus d'établissement du tarif, ni percevoir les montants dus. Elle avait aussi conclu que, bien que le régime ait été édicté pour le bénéfice du public canadien, il est faux de prétendre pour autant que les redevances servent une fin d'intérêt public. Sur ces deux questions, la Cour en est venue à la conclusion opposée. La redevance aide les créateurs et les industries culturelles en établissant un équilibre entre les droits des créateurs et des utilisateurs; pour ce motif, elle est perçue à des fins d'intérêt public et ce, même si elle est versée directement aux titulaires de droits. La SCPCP met en marche le processus et perçoit les redevances, mais c'est la Commission qui les établit. Les redevances sont donc imposées par un organisme public.

Restait la question de savoir si la redevance est un prélèvement de nature réglementaire. Les facteurs à examiner pour identifier un régime de réglementation incluent : (1) l'existence d'un code de réglementation complet et détaillé; (2) un objectif spécifique de réglementation destiné à influencer certains comportements individuels; (3) des coûts réels ou dûment estimés de la réglementation; (4) un lien entre la réglementation et la personne qui en fait l'objet. En se fondant sur ces facteurs, la Commission avait conclu que le régime était de nature réglementaire. La Cour a abondé dans le même sens.

Le régime est libellé et structuré simplement, mais sa mise en œuvre est à la fois complexe et détaillée. Le modèle d'évaluation de la Commission lie le taux de redevances au manque à gagner des titulaires de droits découlant de la copie par les consommateurs. Le régime est donc un code de réglementation complet et détaillé, ce qui est conforme au premier facteur.

La redevance est calculée de façon à favoriser l'atteinte de l'objectif visé par le régime. La Commission doit s'assurer qu'il existe une corrélation entre l'ampleur de la copie privée qui découle de l'utilisation de supports vierges et les redevances qui sont homologuées relativement à ces supports. Cela est conforme au troisième facteur.

En mettant des supports vierges à la disposition des consommateurs, les fabricants et les importateurs ont favorisé la prolifération de copies par les consommateurs, créant ainsi un besoin pour le régime. Les détaillants font toutefois valoir que les fabricants et les importateurs ne sont pas responsables des actes illégaux commis par les consommateurs. Cependant, pour avoir «créé un besoin» de réglementation, il n'est pas nécessaire que les fabricants et les importateurs soient responsables de la copie pour usage privé au sens juridique du terme. Il suffit qu'ils aient procuré aux consommateurs le moyen de faire de la copie pour usage privé. Voilà pour le quatrième facteur.

Le deuxième facteur est également présent. En légalisant la copie pour usage privé, le régime permet à de simples particuliers de copier de la musique enregistrée sur des supports vierges et les incite peut-être même à le faire. Cette situation risque à son tour d'encourager une plus grande diffusion d'œuvres musicales enregistrées et d'inciter les titulaires de droits de faire preuve de plus d'inventivité par suite de l'augmentation des ventes de supports vierges. La redevance influence donc les comportements individuels.

La légalité du programme d'exonération

Le programme d'exonération de la redevance est un programme volontaire mis sur pied par la SCPCP. Les utilisateurs qui désirent acheter des supports vierges en franchise de redevance doivent d'abord s'inscrire auprès de la SCPCP et obtenir un numéro de certificat qui leur permet d'acheter des supports à des fabricants, importateurs et distributeurs autorisés. Les fabricants, importateurs et distributeurs qui désirent vendre en franchise sont également tenus de s'inscrire auprès de la SCPCP et de signer une entente.

Le programme d'exonération a donné lieu à des décisions contradictoires de la part de la Commission. La Commission a cependant toujours maintenu que la *Loi* n'autorise pas l'exonération que la SCPCP accorde en vertu du programme. Dans Copie privée I, sans s'opposer au programme d'exonération de la redevance, la Commission a expliqué qu'elle ne pouvait tenir compte de ce programme pour établir les redevances prévues par la *Loi*. Dans Copie privée II, la Commission a signalé que, même si elle ne pouvait créer d'exemptions, il lui était loisible de tenir

...

compte du programme d'exonération pour fixer les redevances. Dans Copie privée III, la Commission a déclaré à la fois qu'elle ne pouvait tenir compte du programme pour établir la redevance et que le programme n'avait aucun fondement juridique et qu'il était par conséquent illégal.

La SCPCP affirme que la Commission a outrepassé sa compétence en déclarant illégal le programme d'exonération et, par le fait même, les ententes d'exonération conclues entre la SCPCP et les participants au programme. La *Loi* ne donne pas à la Commission le pouvoir de se prononcer sur la légalité d'ententes de gré à gré conclues entre une société de gestion et des tiers à moins que cela se rapporte nécessairement à la fonction d'établissement des taux de la Commission. En allant plus loin et en déclarant le programme illégal, la Commission a fait fi du droit de la SCPCP de renoncer à la perception des sommes qui lui sont dues en vertu de la *Loi*. À tout événement, selon la SCPCP, la décision était à la fois mal fondée en droit et déraisonnable.

Avant de décider si la Commission avait erré en droit en décidant qu'elle devrait ignorer le programme d'exonération dans l'établissement de la redevance, la Cour a cru important de traiter de l'incapacité de la SCPCP ou de la Commission de créer des exemptions. La Commission a conclu que si le législateur avait eu l'intention de soustraire aux effets du régime ceux qui ne copient pas de musique, il aurait tout simplement prévu dans la *Loi* les mécanismes qui s'imposent, ou encore, il aurait mis à la disposition de la Commission des mesures lui permettant de régir ces personnes.

La conclusion de la Commission suivant laquelle elle n'a pas le pouvoir de créer des exemptions n'est pas contestée. Si la loi assortit une règle générale d'une (ou de plusieurs) exception, on ne peut inclure dans cette loi des exceptions qui ne s'y retrouvent pas. Les paragraphes 82(2) et 86(1) de la *Loi* créent des exceptions à la redevance. Le législateur a expressément habilité le Cabinet à exonérer certains supports du régime. Enfin, l'alinéa 87*a*) prévoit que c'est le Cabinet, et non la Commission ou des organismes de perception, qui est habilité à prendre des règlements au sujet du mode de fonctionnement de l'exemption prévue à l'article 86. On ne saurait logiquement prétendre que le législateur envisageait que la SCPCP puisse créer et appliquer, par le biais de son programme d'exonération, des exemptions qui ne sont pas explicitement prévues par la *Loi*.

Il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. L'argument le plus solide pour justifier l'interpolation dans la *Loi* d'un pouvoir implicite d'accorder les exemptions qui sont à la base du programme d'exonération de la redevance est la proposition que ce programme permet dans une certaine mesure d'atteindre les objectifs visés par la *Loi*. Il faut cependant quand même démontrer que le législateur avait l'intention de conférer ce pouvoir. La Commission, s'étant attaquée à la question, a conclu que le législateur ne lui a pas attribué la compétence de créer des exemptions. Elle a signalé l'absence totale de contrôle législatif sur le pouvoir revendiqué par la SCPCP, de même que l'ampleur des conséquences découlant du programme d'exonération. La SCPCP pouvait de fait réglementer le marché des CD vierges, entraînant ainsi des problèmes de distribution en faisant sortir les ventes de la chaîne d'approvisionnement habituelle. La Commission a exprimé des réserves au sujet de l'équité du programme de la SCPCP et elle a signalé les risques d'arbitraire qu'il comportait. Se rendant compte des répercussions du programme, la Commission n'a pas accepté l'idée que le législateur ait pu vouloir accorder des pouvoirs aussi vastes sans en encadrer l'exercice.

La question était donc de savoir si le programme d'exonération était pertinent dans l'établissement de la redevance. Cela revenait à se demander si le législateur voulait que le coût de la redevance établie par la Commission soit supporté par tous les utilisateurs ou seulement par ceux qui copient effectivement de la musique. La Cour a décidé qu'il aurait été déraisonnable de la part de la Commission de conclure qu'elle devait tenir compte du programme d'exonération.

La Commission a expliqué que la redevance devait s'appliquer à tous les supports vierges indépendamment de leur utilisation et que le programme d'exonération créait une exemption contraire à cette intention en exonérant du paiement de la redevance les personnes qui ne s'adonnent pas à la copie privée. Ces exemptions ont des incidences directes sur les redevances fixées par la Commission. Si les exemptions ne sont pas autorisées, la redevance doit être calculée à partir du principe que tous les acheteurs de supports vierges la paieront. Si les exemptions sont autorisées, la redevance devra être rajustée à la hausse pour tenir compte des ventes en franchise de supports vierges que le programme autorise. En concluant que le programme d'exonération est «illégal», la Commission signifiait seulement son intention de ne pas en tenir compte pour établir la redevance.

La SCPCP a soutenu que la Commission avait excédé sa compétence en se prononçant sur la légalité d'ententes de gré à gré conclues avec les participants du programme et que l'effet de cette décision était de retirer aux titulaires de droits la faculté que la *common law* leur reconnaît de renoncer au paiement des redevances. La Cour n'a pas compris la décision de la Commission comme déclarant que le programme est illégal, dans la mesure où celui-ci repose sur la renonciation par les titulaires de droits à ce à quoi ils ont légitimement droit. La Commission a bien précisé que la SCPCP peut choisir de ne pas percevoir les redevances qui lui sont légalement dues. Toutefois, elle ne peut plus s'attendre à l'avenir que la Commission l'indemnise des effets négatifs du programme sur ses revenus.

La SCPCP a soutenu que la Commission n'avait d'autre choix que de tenir compte des incidences du programme au même titre qu'elle tient compte de toute autre réalité du marché. La Commission a rejeté cette prétention. Elle s'est rendu compte que la SCPCP cherchait à introduire de façon détournée l'exemption même qu'elle avait refusé de reconnaître à deux reprises. C'est ce qui a mené la Commission à déclarer qu'elle n'indemniserait plus les titulaires de droits pour remédier aux conséquences du programme sur les revenus de la SCPCP. Ce faisant, la Commission n'a pas commis d'erreur révisable.

L'enregistreur audionumérique contient-il un support audio?

Est un «support audio» «Tout support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores, à l'exception toutefois de ceux exclus par règlement.» Il s'agissait de déterminer si la mémoire intégrée en permanence à un enregistreur audionumérique conserve son identité de «support audio».

La Commission a conclu que la mémoire intégrée à un appareil ne perd pas son identité et répond toujours à la définition. De fait, elle est allée au-delà de l'appareil qui est vendu pour s'attarder à la mémoire intégrée en permanence qu'il contient. La *Canadian Storage Media Alliance* (CSMA) soutenait que cette mémoire devient une partie intégrante de l'appareil, perdant ainsi son identité distincte. Subsidiairement, elle soutenait que la Commission avait créé une exception en frappant d'une redevance uniquement la mémoire qui est intégrée à un enregistreur

...

audionumérique tout en exemptant la même mémoire lorsqu'elle est intégrée à d'autres appareils électroniques.

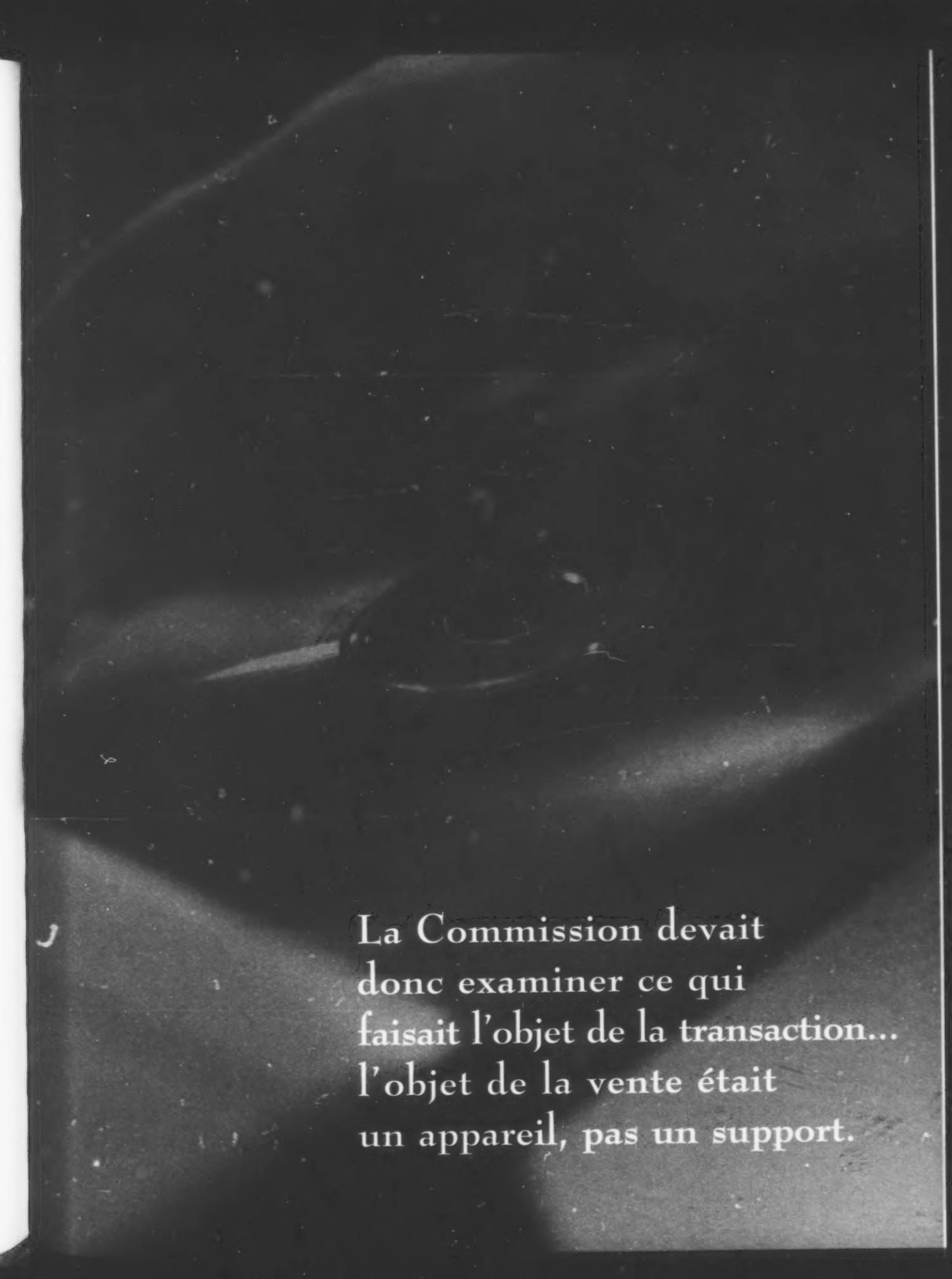
La Commission, prétendant établir une redevance sur la mémoire intégrée, a toutefois reconnu que prise isolément, cette mémoire ne pouvait donner lieu à une redevance. C'est l'appareil et non la mémoire qui y est intégré qui est l'élément qui doit servir à définir la redevance.

La Cour a conclu que la Commission ne peut établir une redevance et déterminer les taux applicables en fonction de l'appareil tout en affirmant que la redevance s'applique à autre chose. Elle a dit comprendre pourquoi la Commission cherchait à assujettir les platines MP3 au régime. Toutefois, aussi souhaitable que cela puisse paraître, le pouvoir de le faire doit se fonder sur la *Loi*. La Commission s'est attardée sur l'expression anglaise «*regardless of its material form*» pour déclarer que le législateur voulait que la redevance soit imposée sur le support et ce peu importe que celui-ci soit intégré à un appareil ou non. La Cour a dit avoir plusieurs difficultés avec cette analyse. Premièrement, si une mémoire n'est pas un support audio tant et aussi longtemps qu'elle n'est pas intégrée à l'appareil approprié, il est difficile de comprendre comment on peut prétendre qu'une telle mémoire demeure un support une fois qu'elle est intégrée à un appareil. Deuxièmement, l'intégration de la mémoire à un appareil n'affecte en rien la forme de la mémoire. Il est difficile de comprendre alors comment la Commission pourrait se fonder sur l'expression anglaise «*regardless of its material form*» pour justifier sa conclusion. Qui plus est, pour se fonder sur cette expression, la Commission devait en premier lieu identifier un «support audio». Or, suivant ses propres motifs, une mémoire n'est pas un «support audio» tant qu'elle n'est pas intégrée à un enregistreur audionumérique. L'expression sur laquelle la Commission s'est fondée pour examiner l'intérieur d'un enregistreur audionumérique pour atteindre la mémoire qui y est intégrée en permanence ne soutient pas sa conclusion.

La Commission reconnaît que le législateur n'aurait pu prévoir les progrès technologiques récents lorsqu'il a adopté la partie VIII. Il était d'avis que les cassettes audio vierges étaient la cause du préjudice que subissaient les titulaires de droits et avait été mis au courant des propositions faites dans d'autres pays (dont les États-Unis) pour étendre la redevance au matériel utilisé pour enregistrer et faire jouer les bandes audio vierges en question. Il a toutefois choisi de limiter la redevance aux supports vierges. Il en ressort que la définition que le législateur donne de «support audio» a pour effet d'établir une distinction par rapport à l'enregistreur et aux autres appareils semblables qui existaient à l'époque et dont la fonction est d'enregistrer et de faire jouer des cassettes audio vierges. Personne n'a jamais prétendu que les enregistreurs à bande magnétique répondent à cette définition. Un enregistreur audionumérique n'est pas un support. La Commission a commis une erreur lorsqu'elle a déclaré qu'il lui est loisible d'homologuer une redevance sur la mémoire intégrée à un enregistreur audionumérique.

Pour conclure, l'obligation de payer la redevance naît uniquement de la vente ou de toute autre forme d'aliénation de supports audio vierges. La Commission devait donc examiner ce que les importateurs vendaient ou aliénaient et décider si l'objet de la vente ou de l'aliénation en question répondait à la définition. L'objet de la vente ou de l'aliénation était un enregistreur audionumérique ou un appareil, pas un support au sens de la *Loi*. À défaut de vente d'un support, il ne peut y avoir d'obligation de payer la redevance. La partie VIII telle qu'elle est rédigée en ce moment n'accorde pas le pouvoir d'homologuer des redevances sur ce type d'appareil ou sur la mémoire qui y est intégrée.

• • •


La Commission devait
donc examiner ce qui
faisait l'objet de la transaction...
l'objet de la vente était
un appareil, pas un support.

...le principe interdisant
de statuer *ultra petita*
n'empêchait pas la
Commission de s'écarter
comme elle l'a fait du
projet de tarif.

Ultra petita

Restait à déterminer si la Commission a le pouvoir d'établir une redevance plus élevée que celle demandée par la SCPCP et, le cas échéant, si cette redevance avait été établie de façon équitable.

La CSMA affirmait que rien dans la *Loi* n'habilite la Commission à faire fi du principe interdisant de statuer *ultra petita*. Les projets de tarifs sont publiés; les intéressés ont un certain temps pour déposer des oppositions écrites. S'il était loisible à la Commission d'homologuer unilatéralement un tarif plus élevé que celui qui est proposé, l'objet visé par le délai de préavis prescrit par la *Loi* serait en grande partie contrecarré. À titre subsidiaire, la CSMA faisait valoir que le fait de fixer une redevance plus élevée que celle qui est prévue au tarif qui a été publié est fondamentalement injuste pour ceux qui auraient pu intervenir si le tarif approuvé avait été publié.

Le principe interdisant de statuer *ultra petita* signifie en règle générale que le tribunal ne doit pas accorder plus qu'il n'a été demandé par les parties. Le législateur est libre de soustraire les tribunaux administratifs aux contraintes de ce principe. C'est souvent le cas, étant donné que les tribunaux administratifs sont le plus souvent créés pour promouvoir des intérêts qui peuvent aller au-delà des intérêts immédiats des parties qui comparaissent devant eux. La Cour a conclu que les paragraphes 83(8) et (9) de la *Loi* étaient particulièrement pertinents. Bien que ces paragraphes ne soient pas aussi clairs que ceux d'autres tribunaux administratifs (p.ex. la *Loi sur les transports nationaux*), la Cour a statué qu'une fois saisie du projet de tarif, la Commission conserve le pouvoir discrétionnaire de fixer un tarif juste et équitable et d'établir, à son appréciation, les modalités afférentes aux redevances.

En l'espèce, la Commission a expliqué qu'elle n'était pas en mesure d'établir le taux en s'appuyant sur le modèle mis de l'avant par la SCPCP parce qu'il était trop complexe et a plutôt choisi d'établir le taux en se fondant sur son propre modèle, qui s'est traduit par une augmentation négligeable. Lorsqu'elle fixe les redevances, la Commission doit tenir compte de nombreux facteurs, notamment des intérêts opposés des parties et de l'obligation d'établir des redevances qui soient justes et équitables. Compte tenu du rôle de la Commission, de la grande marge d'appréciation qui lui est laissée et du libellé des paragraphes 83(8) et (9), le principe interdisant de statuer *ultra petita* n'empêchait pas la Commission de s'écarter comme elle l'a fait du projet de tarif.

Restait la question d'équité procédurale. La redevance est plus élevée que celle proposée uniquement à l'égard de deux des quatre formats typiques de mémoires non amovibles à semi-conducteurs ou mémoires «flash» intégrées à des enregistreurs audionumériques, et est inférieure aux tarifs proposés à l'égard des enregistreurs renfermant davantage de mémoire. Aucune preuve n'a été présentée pouvant laisser entendre que les intéressés qui n'avaient pas pris part aux audiences de la Commission l'auraient fait s'ils avaient su que le tarif homologué serait à peine plus élevé que celui qui avait été demandé. Selon la Cour, cela démontrait que la Commission avait bien évalué la situation et en était arrivée à la conclusion correcte lorsqu'elle a déclaré que l'augmentation qu'elle accordait ne causerait aucune injustice.

[*Société canadienne de perception de la copie privée c. Canadian Storage Media Alliance (C.A.F.) [2005] 2 C.F. 654*]

Ententes déposées auprès de la Commission

La *Loi* permet à une société de gestion et à un utilisateur de conclure des ententes portant sur les droits et modalités afférentes pour l'utilisation du répertoire de la société. L'article 70.5 de la *Loi* prévoit par ailleurs que si l'entente est déposée auprès de la Commission dans les quinze jours suivant sa conclusion, les parties ne peuvent être poursuivies aux termes de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*. La même disposition prévoit par ailleurs que le Commissaire de la concurrence nommé au titre de cette loi peut avoir accès aux ententes ainsi déposées. Si ce dernier estime qu'une entente est contraire à l'intérêt public, il peut demander à la Commission de l'examiner. La Commission fixe alors les droits et les modalités afférentes.

Au cours de l'exercice financier 2004-2005, 368 ententes ont été déposées auprès de la Commission, pour un total de 4045 ententes déposées depuis sa création en 1989.

Access Copyright, qui gère les droits de reproduction, telle que la photocopie, au nom d'auteurs, éditeurs et autres créateurs, a déposé 303 ententes autorisant diverses institutions et entreprises, par voie de licence, à faire des copies des œuvres publiées inscrites dans son répertoire. Ces ententes ont été conclues avec divers établissements d'enseignement, bibliothèques, organismes à but non lucratif et centres de photocopie.

La Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (COPIBEC) a déposé 41 ententes. COPIBEC est la société de gestion qui autorise, au Québec, la reproduction des œuvres des titulaires de droits québécois, canadiens (par le biais d'une entente de réciprocité avec *Access Copyright*) et étrangers. COPIBEC a été fondée en 1997 par l'Union des écrivaines et écrivains québécois (UNEQ) et l'Association nationale des éditeurs de livres (ANEL). Les ententes déposées en 2004-2005 ont été conclues avec des organismes divers et municipalités du Québec, et une avec le Gouvernement du Québec.

Access Copyright et COPIBEC ont aussi déposé une entente qu'elles ont conjointement conclue avec la Banque Nationale du Canada.

Quant à l'Agence pour les licences de reproduction audiovisuelle (AVLA), qui est une société de gestion de droits d'auteur pour le compte de propriétaires d'enregistrements originaux de musique et de musique sur vidéocassettes, elle a déposé 22 ententes.

Enfin, l'Agence des droits des radiodiffuseurs canadiens (CBRA) a déposé une entente intervenue avec l'entreprise de veille médiatique CNW Group Ltd. CBRA représente divers radiodiffuseurs privés canadiens qui sont auteurs et titulaires d'émissions d'actualités et de signaux de communication.